

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA**

**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**

**DEPARTAMENTO DE DIREITO**

**CURSO DE DIREITO**

**FÁBIO ANDRÉ BENEDETTI**

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI ORDINÁRIA MUNICIPAL N.º 4.601/95  
QUE REGULAMENTA A ATIVIDADE NAÚTICA E DE LAZER NOS BALNEÁRIOS  
DE FLORIANÓPOLIS E UMA REVISÃO DOS INSTITUTOS QUE CONTROLAM A  
CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS EM NOSSO PAÍS**

Florianópolis,  
abril de 2016.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
COORDENADORIA DE MONOGRAFIA

ATA DE SESSÃO DE DEFESA DE TCC

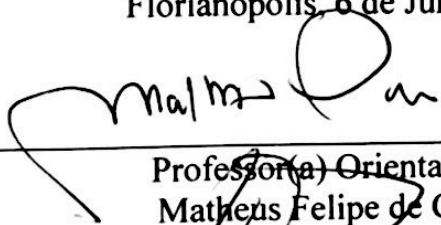
Aos 06 dias do mês de Junho do ano de 2016, às 10 horas e 20 minutos, na do CCJ, foi realizada a defesa pública do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) intitulado "**A inconstitucionalidade da lei 4601/95 que regulamenta a atividade náutica nos balneários de Florianópolis e uma revisão dos institutos que controlam a constitucionalidade do nosso país**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Fábio André Benedetti**, matrícula nº , composta pelos membros Matheus Felipe de Castro (Presidente), Humberto Pereira Vecchio e Samuel de Silva Matos, abaixo assinados, obteve a aprovação com nota 10,0 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

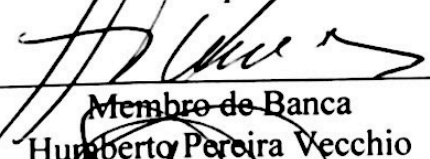
☐ Aprovação Integral

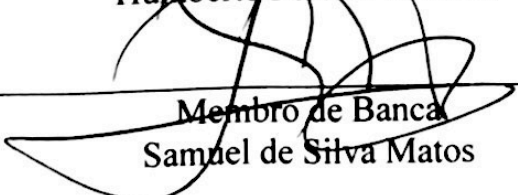
☒ Aprovação Condicionada aos seguintes reparos, sob fiscalização do Prof. Orientador

Condicionada à incorporação das críticas  
da banca

Florianópolis, 6 de Junho de 2016

  
\_\_\_\_\_  
Professor(a) Orientador(a)  
Matheus Felipe de Castro

  
\_\_\_\_\_  
Membro de Banca  
Humberto Pereira Vecchio

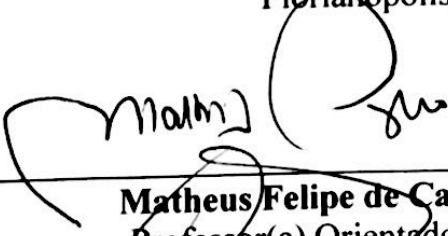
  
\_\_\_\_\_  
Membro de Banca  
Samuel de Silva Matos

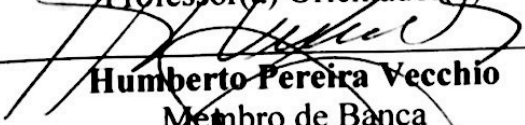
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**A inconstitucionalidade da lei 4601/95 que regulamenta a atividade náutica nos balneários de Florianópolis e uma revisão dos institutos que controlam a constitucionalidade do nosso país**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Fábio André Benedetti**, defendido em **06/06/2016** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (10), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 6 de Junho de 2016

  
\_\_\_\_\_  
**Matheus/Felipe de Castro**  
Professor(a) Orientador(a)

  
\_\_\_\_\_  
**Humberto Pereira Vecchio**  
Membro de Banca

  
\_\_\_\_\_  
**Samuel de Silva Matos**  
Membro de Banca



**Universidade Federal de Santa Catarina**  
**Centro de Ciências Jurídicas**  
**COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO**

**TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E**  
**ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA**

Aluno(a): **Fábio André Benedetti**

RG:

CPF:

Matrícula:

Título do TCC: **A inconstitucionalidade da lei 4601/95 que regulamenta a atividade náutica nos balneários de Florianópolis e uma revisão dos institutos que controlam a constitucionalidade do nosso país**

Orientador(a): **Matheus Felipe de Castro**

Eu, **Fábio André Benedetti**, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 6 de Junho de 2016

A assinatura manuscrita de Fábio André Benedetti, escrita em tinta preta, sobre uma linha horizontal.

Fábio André Benedetti

**FÁBIO ANDRÉ BENEDETTI**

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI ORDINÁRIA MUNICIPAL N.º 4.601/95  
QUE REGULAMENTA A ATIVIDADE NAÚTICA E DE LAZER NOS BALNEÁRIOS  
DE FLORIANÓPOLIS E UMA REVISÃO DOS INSTITUTOS QUE CONTROLAM A  
CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS EM NOSSO PAÍS**

Monografia apresentada à banca examinadora do  
Colegiado do Curso de Graduação em Direito da  
Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, como  
requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito.

**Orientador:** Professor Doutor Matheus Felipe de Castro.

Florianópolis,  
abril de 2016.

## DEDICATÓRIA

“Se eu pudesse deixar algum presente a você, deixaria aceso o sentimento de amar a vida dos seres humanos. A consciência de aprender tudo o que foi ensinado pelo tempo a fora. Lembraria os erros que foram cometidos para que não mais se repetissem. A capacidade de escolher novos rumos. Deixaria para você, se pudesse, o respeito aquilo que é indispensável. Além do pão, o trabalho. Além do trabalho, a ação. E, quando tudo mais faltasse, um segredo: o de buscar no interior de si mesmo a resposta e a força para encontrar a saída.”

Mahatma Gandhi

A minha querida companheira Andréa  
e ao meu filho Leonardo.

## AGRADECIMENTOS

À minha mãe, Teresinha, ao meu pai Festivo, aos meus irmãos Roberto e Marcos; sem esquecer meus sobrinhos, minha sogra Dona Ignês e meu sogro Seu Hugo.

Por serem aquelas pessoas que podemos contar nos momentos mais difíceis, e, por constituírem aquilo que um homem mais deve prezar em sua vida, sua família.

Agradeço à Andréa, que foi extremamente compreensiva e companheira na caminhada desses últimos cinco anos, e por ter me dado o melhor presente que eu jamais poderia imaginar, o nosso tão estimado filho Leonardo.

Agradeço à Universidade Federal de Santa Catarina por, mais uma vez, tão bem me acolher.

Ao Prof. Doutor Matheus Felipe de Castro, por ter aceitado a tarefa de ser meu orientador.

Aos demais membros da banca que muito me honram com sua presença, ao Prof. Humberto Pereira Vechhio, e ao Prof. Samuel R. Mattos.

A ignorância é vizinha da maldade.  
Provérbio Árabe.



A aprovação da presente monografia não significa o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e da Universidade Federal de Santa Catarina à ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.

## RESUMO

Em 05 de janeiro de 1995 foi publicada, no município de Florianópolis a Lei ordinária municipal n.º4.601/95, que em seu art. 5º, parágrafo 1º, legislou sobre o uso das praias na cidade de Florianópolis. Com a intenção de preservar a cultura da pesca da tainha e proteger o direito de trabalho e subsistência dos pescadores artesanais locais, restringiu-se o direito de liberdade das pessoas, pois somente pescadores, no período de 15 de maio a 15 de julho estão autorizados a usarem as praias na Ilha de Santa Catarina. Como já era de se esperar, a indigitada Lei causou inúmeros problemas a população local interessada. Os desencontros e confrontos não foram e nem são poucos, desde injúrias, agressões físicas e até homicídios. A presente Lei continua a vigor e válida no campo jurídico pátrio, porém de extrema estranheza até para os não letrados nas ciências jurídicas. Todos sabem que as praias são bens da União e de uso comum de todos, a pergunta que surge é: Como pode uma lei surrupiar esse direito do povo? Mesmo entendendo que os direitos sociais em choques clamam para que se privilegie a subsistências dos pescadores e suas famílias, mesmo que os meios sejam adequados e necessários, seria isso possível? O ordenamento jurídico em seu conjunto permite que se faça tamanha privação? O que se buscou no presente trabalho foi justamente essas respostas. Pesquisar se houve vícios constitucionais na Lei abordada e analisar os mecanismos de controle judiciais disponíveis para o controle de inconstitucionalidade desta. Não sendo objeto do referido trabalho, encontrar soluções para a difícil questão, apenas analisar a (in)constitucionalidade da Lei e buscar as possíveis ferramentas para coibir a reprodução de norma municipal inconstitucional quando identificada.

**PALAVRAS-CHAVES:** Controle de Constitucionalidade, Direito Social Fundamental de Liberdade, Direito Social Fundamental ao Trabalho e Subsistência, Uso das praias, Lei Federal n.º7.661/88, Plano de Gerenciamento Costeiro Estadual de Santa Catarina, Lei Municipal n.º7.965/09 de Florianópolis, Ação Direta de Inconstitucionalidade, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, Lei Municipal, Pesca da Tainha, Pesca Artesanal no Município de Florianópolis.

## SUMÁRIO

<b>RESUMO .....</b>	<b>7</b>
<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
 <b>CAPÍTULO 1 - Estudar a história do controle da constitucionalidade das leis, as formas e tipos de inconstitucional.....</b>	 <b>13</b>
1.1. Apanhado histórico do controle de constitucionalidade no mundo.....	13
1.2. Espécies de Inconstitucionalidade.....	17
1.2.1. Inconstitucionalidade por ação e por omissão.....	17
1.2.2. Vício formal, material e de decoro parlamentar.....	18
1.2.3. Momentos de Controle.....	21
1.2.4. Controle prévio ou preventivo.....	22
1.2.5. Controle posterior ou repressivo.....	23
1.3. Sistemas e Vias de Controle Judicial.....	24
1.3.1. Controle Difuso.....	25
1.3.2. Controle Concentrado.....	29
1.4. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI).....	34
1.5. Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC).....	41
1.6. Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).....	44
1.7. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO).....	48
 <b>CAPÍTULO 2 - Analisar o arcabouço legislativo que regulamenta o uso das praias e costa marítima brasileira e os direitos fundamentais envolvidos com a interdição das praias do município de Florianópolis pelo artigo 5º da Lei Ordinária Municipal de n.º4.601/95.....</b>	 <b>52</b>
2.1. Uso das praias e o direito marítimo.....	53
2.2. Direito fundamental à locomoção.....	54
2.3. Direito fundamental social ao trabalho.....	57

2.4. A pesca artesanal, no litoral de Santa Catarina e Florianópolis, como forma de trabalho à subsistência.....	60
2.5. Proporcionalidade e razoabilidade ao legislar.....	62
2.6. Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro, Plano Estadual de Gerenciamento Costeiro e o Plano Municipal de Gerenciamento Costeiro.....	69
2.7. Lei Ordinária Municipal n.º 4.601/95.....	73
<b>CAPÍTULO 3</b> - Discutir o afrontamento de Lei ou ato municipal à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e quais são as possíveis ações cabíveis em caso de inconstitucionalidade destes.....	75
3.1. Lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Federal de 1988.....	75
3.2. Controle Concentrado de Constitucionalidade de Lei Municipal.....	77
<b>CONCLUSÃO</b> .....	82
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	84
<b>ANEXOS</b> .....	89

## INTRODUÇÃO

Este trabalho monográfico tem por tema a hipótese de (in)constitucionalidade do artigo 5º da Lei ordinária municipal n.º 4.601/95 (ANEXO 1) que regulamenta a atividade náutica e de lazer nos balneários de Florianópolis. Busca analisar os possíveis vícios de inconstitucionalidades que esta possa apresentar.

O problema da pesquisa concentra-se em identificar vício formal e/ou material do artigo 5º da Lei ordinária municipal n.º 4.601/95 e quais formas e tipos de controle de constitucionalidade para que possa frear o desrespeito à Constituição pátria.

A hipótese inicial do trabalho é que a discussão referente a (in)constitucionalidade da Lei ordinária municipal n.º 4.601/95 possa ventilar melhor as ideias do poder público local e comunidade atingida pelo impasse.

Esta lei vem causando aos grupos de pescadores artesanais e praticantes de esportes aquáticos uma forte dicotomia de interesses no que concerne o uso das praias na cidade de Florianópolis.

A Constituição Federal de 1988 e as leis infraconstitucionais como a Lei Federal n.º 7.661/88 (ANEXO 2) e os Planos Estaduais de Gerenciamento Costeiros preceituam a preservação do livre acesso a elas, pois se entende que as praias são bens públicos de uso comum de todos, não podendo restringir o seu uso em tempos de paz.

Historicamente, as praias sempre foram consideradas "bens de uso comum do povo", entendendo-se como tais, todos os bens inapropriáveis e inalienáveis existentes no território do país, cuja utilização não pode ser restringida de forma alguma, sendo passível de fruição por qualquer pessoa do povo.

Hoje a Constituição Federal dispõe, no artigo 20, inciso VII, que são bens da União os terrenos de marinha e seus acrescidos, e no inciso IV, as praias marítimas, de modo que não há dúvida quanto à natureza jurídica das praias no atual regime constitucional: são bens titularizados pela União, mas que, em verdade, são de fruição universal, e não restrita, bens de uso comum do povo (art. 99, I do Código Civil).

Justifica-se a temática pelo relevante controvérsia que a restrição ao uso das praias tem gerado à comunidade afetada. A problemática atualmente ultrapassa os limites do tolerável, resultando muitas vezes em conflitos violentos, decorrentes da vedação ao acesso às praias.

Isso decorre, especificamente, do choque entre direitos sociais fundamentais. De um lado encontra-se o direito a liberdade de locomoção, que assegura a todos o direito de ir e vir, ficar, permanecer, sendo desnecessária a autorização, podendo locomover livremente sem que privem este direito, especificamente no caso em tela, o direito de uso das praias. Em contrapeso ao direito de locomoção, observa-se o direito ao trabalho e subsistência.

Atualmente na cidade de Florianópolis, a atividade pesqueira é predominantemente artesanal, contribuindo com uma boa parcela da economia do município e provendo o sustento de considerável parte das famílias locais.

Uma problemática paralela, não sendo objeto deste estudo, e que necessita estudos científicos a respeito, trata-se da necessidade de se privar o uso das praias em favor da pesca. Qual a verdadeira relação entre a presença do homem na água, praticando esportes, com o possível espanto dos peixes e prejuízo à pesca.

Objetiva-se, com o trabalho, questionar os meios utilizados pelo órgão público local para dirimir a disputa pelo uso das praias na cidade de Florianópolis. Identificando o tipo de inconstitucionalidade da lei, propõe-se demonstrar aos interessados que o caminho para solver o impasse referente ao uso das praias na cidade de Florianópolis necessita ser repensado. Como será demonstrado adiante, o caminho legislativo municipal elencado está munido de vícios constitucionais, precisando, desta forma, encontrar soluções que se adequem as normas jurídicas pátrias.

A temática desenvolvida foi da técnica de documentação indireta, envolvendo a pesquisa bibliográfica e pesquisa documental. O método de procedimento utilizado foi o método de procedimento monográfico, tendo como método de abordagem o método indutivo. O trabalho está dividido em três capítulos: a) Estudar a história do controle da constitucionalidade das leis, as formas e tipos de inconstitucionalidades. Onde é dada uma noção geral a respeito de como se formou o controle de constitucionalidade e as atuais formas e tipos de controle concentrado, disponíveis para subsunção ao caso aqui analisado. Observar se há vício formal e/ou material? Qual momento deve ocorrer o controle de constitucionalidade? Qual a melhor via, difusa ou concentrada, para arguir a inconstitucionalidade? Se for a via concentrada, qual é a ação mais apropriada para atacar o defeito. Superada essa etapa, passa-se: b) Analisar o arcabouço legislativo que regulamenta o uso das praias e costa marítima brasileira e os direitos fundamentais envolvidos com a

interdição das praias do município de Florianópolis pelo artigo 5º da Lei Ordinária Municipal de n.º 4.601/95. Aqui se optou por analisar o escalonamento de normas que regem o uso das praias. De forma a analisar, da lei maior para a menor, procurou-se encontrar a ruptura do ordenamento jurídico pátrio, no que se refere a legislação pertinente a costa marítima brasileira. Partindo do artigo 20, incisos IV e VII e também artigo 22, inciso I, de nossa carta magna, logo abaixo, encontra-se a Lei Federal n.º 7.661/88. Deverão os Planos Estaduais e Municipais de Gerenciamento Costeiro estarem de acordo com aquela, para a manutenção da coerência em nosso sistema jurídico. A norma inferior, dentro dos limites de generalidade e abstração da norma superior, deve restringir-se a detalhá-la, nos limites oferecidos. E por fim a subsunção do caso em tela: c) Discutir o afrontamento de Lei ou ato municipal à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e quais são as possíveis ações cabíveis em caso de inconstitucionalidade destes. Neste capítulo, procurou-se demonstrar como é feito o controle de constitucionalidade, tanto abstrato, quanto difuso de uma lei municipal munida de vícios. Demonstrar-se-á que o controle de uma lei municipal pode ser feito por meio do controle difuso de constitucionalidade por qualquer juiz ou tribunal declare a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo.

Entretanto, observar-se-á que o juiz singular não declara a inconstitucionalidade da lei; apenas deixa de aplicá-la ao caso concreto em razão de considerá-la inconstitucional, porquanto somente na forma do art. 97 da Constituição Federal é que pode ocorrer a declaração de inconstitucionalidade.

Quando a análise é realizada pelo Tribunal de Justiça, concluindo o órgão fracionário pela inconstitucionalidade da lei municipal, demonstrar-se-á o dever de ser suscitado o incidente de inconstitucionalidade onde, pela regra da reserva de plenário, a norma infraconstitucional deve ser submetida ao órgão especial.

Uma vez decidida a questão constitucional, é possível ingressar-se com Recurso Extraordinário para o Supremo Tribunal Federal.

Por sua vez, de acordo com a previsão constitucional constante do art. 102, I, a, inexistente a possibilidade de controle concentrado de constitucionalidade quanto às leis e atos normativos municipais que contrariem, diretamente, a Constituição Federal, eis que referido artigo prevê tal possibilidade apenas quando se tratar de lei ou ato normativo federal ou estadual.

Por outro lado, o legislador ordinário ao prever a arguição de descumprimento de preceito fundamental, abstrata ou por equiparação, considerou qualquer controvérsia constitucional irrelevante sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal. Logo,

seria possível por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental a realização do controle concentrado de constitucionalidade de leis municipais.



## **CAPÍTULO 1 - Estudar a evolução do controle da constitucionalidade das leis, as formas e tipos de inconstitucionalidades.**

### **1.1. Apanhado histórico do controle de constitucionalidade no mundo**

Como requisito para um controle de constitucionalidade é necessária a existência de uma constituição rígida e a atribuição de competência a um órgão para dirimir os problemas de constitucionalidades dentro de um ordenamento jurídico.

A ideia de controle emanada da rigidez exige um escalonamento normativo onde a constituição ocupa a posição de grau máximo na relação com os demais atos normativos do sistema.

Ao final da primeira década do século XVII, no famoso caso *Bonham Edward Coke* declarou que as leis estão submetidas a um direito superior, o *common law*, devendo as leis respeitá-lo. Caso haja desrespeito ao Common Law, estas leis seriam nulas e destituídas de eficácia. Disse *Coke* no julgamento do caso *Bonham*, quando um ato do parlamento for contrário a algum direito ou razão comum, ou impossível de ser aplicado, o *common law* irá controlá-lo e julgá-lo como nulo. Como se pode observar abaixo o trecho da decisão fundamentada do Caso *Bonham Edward*, como bem pontuou o ROSCOE POUND (1965, p.56):

O Real Colégio de Médicos (College of Physicians) tinha poderes, segundo um estatuto do Parlamento, de multar os membros que desrespeitassem suas regras. O Dr. Bonham foi multado em dez libras, não pagou e foi preso, em 1610. A multa era dividida entre o Colégio e a Coroa. Interpôs ação por detenção injusta perante o Tribunal do Rei, presidido pelo grande jurista Coke, do qual participaram os juizes Warburton e Daniel. O tribunal deu-lhe ganho de causa, firmando um princípio fundamental: o estatuto que dava poderes desta natureza ao Real Colégio era nulo, porque ninguém pode ser juiz e parte na mesma causa, o que era contrário ao direito comum e à razão natural. O Real Colégio não podia ser o juiz, proferir o julgamento, fazer prender o réu e ter parte na multa. Assim sendo, se qualquer ato do Parlamento der a alguém o direito de julgar de quaisquer questões que lhe forem apresentadas dentro dos seus domínios, não poderá julgar ação alguma em que seja parte, porque, conforme ficou dito acima, iniquum est alicuius suae rei esse iudicem.

Vê-se aqui um germe do controle de constitucionalidade das leis, dirigindo a atuação do juiz submetido à Constituição e aos direitos fundamentais.

Assim leciona MARINONI (2012, p. 710):

Na Inglaterra, durante a Revolução Gloriosa (1688) o fortalecimento do parlamento não enfraqueceu ou calou o judiciário. Os legisladores e os juízes uniram-se contra o poder do monarca em prol dos direitos do povo.

[...]

A doutrina Coke, que era a submissão do parlamento ao *common law* desapareceram com a Revolução de 1688 e com a instituição do princípio da supremacia do parlamento. A doutrina da supremacia do parlamento foi instituída para conter os arbítrios do monarca, a magistratura se posicionou ao lado do parlamento. A Revolução Puritana não almejou destruir o direito antigo, pautou-se pela afirmação do *common law* contra o rei. A ideia da supremacia do parlamento inglês revela a submissão do rei ao direito inglês em sua inteireza, contendo os excessos do rei e determinava que o conteúdo normativo deveria estar em conformidade com o *common law*. Teve a intenção de passar a noção de supremacia do direito sobre o monarca e não onipotência da lei ou absolutismo do parlamento.

Segundo Arguelles (apud MARINONI, 2012, p.787):

A afirmação do parlamento, sublinhada pela Revolução inglesa de 1688, não teve o propósito de marcar o início de um novo direito. O seu caráter foi conservador. Afirmou-se que a Revolução não foi dotada de verdadeiro “espírito revolucionário”, não desejou desconsiderar o passado e destruir o direito já existente, mas, ao contrário, confirmá-lo e fazê-lo valer contra um rei que não o respeitava.

Já a independência das colônias americanas (1776), as novas constituições e o princípio da supremacia do parlamento inglês teria colaborado para o surgimento do controle judicial da constitucionalidade das leis nos Estados Unidos.

A respeito do assunto, preleciona ainda MARINONI (2012, p.727):

De relevante curiosidade pode-se destacar o antecedente do *judicial review of the constitutionality of legislation* no princípio da supremacia do parlamento inglês. É que este princípio, ao fundamentar o controle dos atos da colônia, constituiria a pedra que deu origem aos primeiros passos para o controle da constitucionalidade das leis, a espelhar a supremacia do judiciário. Estaria presente a astúcia da história, que atinge a seus fins mediante caminhos contraditórios e imprevisíveis.

[...]

É possível aceitar uma ligação entre o controle da legitimidade dos atos da colônia a partir dos atos do parlamento inglês – com o controle da constitucionalidade das leis.

Portanto, não parece exato que o precedente imediato do *judicial review* seja o princípio da supremacia do parlamento inglês, nem mesmo que este princípio tenha inspirado o controle da constitucionalidade das leis nos Estados Unidos. Tal inspiração brotou em outro lugar, exatamente na submissão dos atos do parlamento a um direito maior, o *common law*.

[...]

A revolução francesa e americana têm em suas raízes a separação dos poderes elaborada por Montesquieu, o papel dos juízes, nos Estados Unidos e na França, seguiu rumos tão distintos, *Robespierre* e *Le Chaplier*, afirmaram que apenas a lei escrita seria válida e que o *judge-made law* era a mais detestável das instituições, devendo ser destruído.

A inquietação em elaborar um novo direito reivindicou a aceitação dos argumentos de Montesquieu, a necessidade de separação dos poderes verificou-se imprescindível limitar a atividade do judiciário, subordinando-o de forma rígida ao parlamento, cujos habitantes deveriam representar a vontade do povo. Conforme Montesquieu, o poder de julgar deveria ser exercido através de uma atividade intelectual, o poder dos juízes ficaria limitado a dizer o que já havia sido afirmado pelo legislativo, o julgamento ser apenas um texto exato da lei. Como se depreende dos escritos de MONTESQUIEU (2010, p.151):

Poderia acontecer que a lei, que é ao mesmo tempo clarividente e cega, fosse em certos casos muito rigorosa. Porém, os juízes de uma nação não são, como dissemos, mais que a boca que pronuncia as sentenças da lei, seres inanimados que não podem moderar nem sua força nem seu rigor.

Montesquieu terminou constatando que o poder de julgar era um poder nulo. Assim, atribuiu-se o poder de criar o direito apenas ao legislativo. A prestação judicial necessitaria se restringir à mera declaração da lei, deixando-se ao executivo a função precípua de fazer valer as decisões judiciais.

O direito comum deveria de ser substituído pelo direito nacional, havia de ser claro e completo. A revolução francesa pretendeu que, com uma legislação clara e completa, seria possível ao juiz simplesmente aplicar a lei, e, desta maneira, solver os caos litigiosos sem a necessidade de estender ou delimitar o seu alcance e sem nunca se depara com as suas lacunas ou mesmo com conflito entre as normas.

Como bem lembra MARINONI (2012, p. 722):

De modo muito similar aconteceu na Áustria, com o famoso e fabuloso código prussiano, contendo 17.000 artigos, revelando o intento de regular todas as situações fáticas possíveis. O Código de Napoleão – que tinha 2.281 artigos tendo como escopo a confecção de um código “à prova de juízes”. O primeiro rei da Prússia não se deu por contente com os seus 17.000 artigos de seu código e foi além, proibindo os juízes de interpretá-los, e, na mesma trilha da Lei Revolucionária Francesa de 1790, que criou uma comissão legislativa a quem os juízes tinham o dever de recorrer em casos de dúvidas sobre a correta aplicação da norma.

[...]

Curiosa e ainda mais interessante é a história da Corte de Cassação Francesa que institui em 1790, com o nítido objetivo de limitar o poder judicial mediante a cassação das decisões que destoassem do direito criado pelo parlamento. É possível ainda afirmar que essa corte foi criada como uma válvula de escape contra uma possível aplicação incorreta da lei. Embora chamada de Corte, não fazia parte do Poder Judiciário, era uma instituição destinada a proteger a supremacia da lei, compatível apenas com a função de cassar e anular decisões judiciais.

Já nos Estados Unidos e na Inglaterra existia um diferente tipo de tradição judicial, na qual os juízes muitas vezes constituíram uma força progressiva, ao lado do indivíduo, contra o abuso do poder pelo governante e tiveram importante papel na centralização do poder governamental. Os juízes americanos não sofreram as limitações do princípio da separação dos poderes, os magistrados americanos contaram com a confiança do povo.

Nos Estados Unidos o princípio das separação dos poderes estava também presente, porém afirmou-se por detrás do movimento de independência estadunidense, a matriz jusnaturalista da Constituição. A Constituição foi vista como Lei Fundamental, direitos fundamentais para o desenvolvimento do homem e, por consequência, proíbe a sua negação e violação pelo Poder Estatal, inclusive o legislativo.

No emblemático caso *Marbury v. Madison* como bem demonstra MARINONI (2012, p. 726):

A suprema corte nasceu como órgão judiciário de última instância. Isso ocorreu em 1803, a Suprema Corte presidida pelo Juiz John Marshall, deparou-se com o famoso caso no qual se apreciou questão em que determinada lei foi contraposta à Constituição. Neste contexto, foi desenvolvido raciocínio que deu origem à tese – que passou ser conhecida com doutrina Marshall – de que todo juiz tem poder e dever de negar validade à lei que, mostrando-se indispensável para a solução do litígio, afrontar a Constituição.

Ao final de 1800, o famoso caso desenhou-se da seguinte forma: O presidente John Adams estava em vias de ser substituído por Thomas Jefferson e os federalistas queriam conservar uma parcela do seu poder político. No início de 1801, o Congresso Americano, cuja maioria era federalista, aprovou lei autorizando a nomeação de 42 juízes de paz para os Distritos de Columbia e Alexandria. No dia 3 de março de 1801 – um dia antes da posse de Jefferson – o senado confirmou os 42 nomes – todos eles federalistas – no último dia de seu governo. Adams assinou os atos de investidura, que ficaram de ser entregues aos novos juízes pelo Secretário de Estado John Marshall, relevante figura do partido federalista. Nesse momento, Marshall já tinha sido indicado por Adams para presidente da Suprema Corte e prestado compromisso em 4 de fevereiro de 1801, embora tenha permanecido como Secretário de Estado, por solicitação do Presidente Adams, até o fim do seu mandato.

Marshall não teve tempo para entregar os atos de investidura a todos os juízes de paz. Entre eles estava William Marbury. Porém, James Madison, Secretário de Estado do recém-empossado Thomas Jefferson, negou-se a entregar os atos de investidura àqueles que foram excluídos pela falta de tempo. Foi por isso que Marbury, ao final do ano de 1801, propôs ação originária perante a Suprema Corte, requerendo ordem de *mandamus* para compelir Madison a entregar-lhe o ato de investidura. A ação foi proposta com base no parágrafo 13 do *Judiciary Act* de 1789, uma das primeiras leis que o Congresso, recém-criado pela nova Constituição, havia editado.

O caso só veio a ser julgado pela Suprema Corte em 1803, Marshall entendeu que Marbury tinha direito à investidura no cargo. Na sequência, consignou que, diante do direito de Marbury, necessariamente deveria haver um instrumento processual para tutelá-lo. Raciocinou nos termos de que todo direito deve ter à sua disposição um instrumento processual capaz de protegê-lo.

Ao analisar o poder – a competência – da Suprema Corte para apreciar e conceder o *mandamus*, Marbury viu o conflito entre o parágrafo 13 do *Judiciary Act* de 1789 e o art. 3º da Constituição. O parágrafo 13 da lei de 1789 alterou a

competência originária da Suprema Corte, atribuindo-lhe poder para apreciar e julgar outras ações originárias, como a proposta por *Marbury*. Marshall interpretou o art. 3º da Constituição como norma que fixou e limitou a competência originária da Suprema Corte, concluindo que o Congresso poderia alterar apenas a sua competência recursal. Diante do claro conflito entre o parágrafo 13 do *Judiciary Act* de 1789 e o art. 3º da Constituição, Marshall enfim chega à questão cuja solução outorgaria imprevisível valor ao precedente. O problema passou a ser o de se a lei que conflita com a Constituição é válida e a Suprema Corte possui poder para invalidá-la ou, ao menos, deixar de aplicá-la.

O pensamento desenvolvido por Marshall apresenta duas proposições alternativas. Ou a Constituição é a lei suprema, incapaz de ser alterada mediante os meios ordinários, e desta forma a lei que lhe é contrária não é uma lei, ou a Constituição está no mesmo nível hierárquico das leis ordinárias e, como estas, pode ser modificada quando desejar o legislador.

Entretanto como a Constituição é a lei fundamental e suprema da nação, o entendimento só pode ser a de que o ato do legislativo que desdizer a Constituição é nulo. E mais, incumbe ao judiciário interpretar as leis para julgar os casos, cabe-lhe, quando a lei afronta a Constituição, deixar de aplicá-la ao caso concreto.

Em síntese, como afirma MARINONI (2012, p. 729):

O curioso caso firmado em *Marbury v. Madison* afirmou a superioridade da Constituição, outorgando-lhe caráter de lei que subordina todas as outras. A partir daí, demonstrou que o judiciário, ao se deparar com lei que contraria a Constituição, deve deixar de aplicá-la, simplesmente pela circunstância de incumbir-lhe interpretar as leis e eliminar os conflitos entre elas.

No emblemático caso *Marbury v. Madison*, a Suprema Corte, pela primeira vez, corroborou o seu poder sobre a constitucionalidade das leis, consagrando o controle difuso de constitucionalidade.

## 1.2. Espécies de Inconstitucionalidade

### 1.2.1. Inconstitucionalidade por ação e por omissão

As inconstitucionalidades podem ser divididas em inconstitucionalidades por ação, a ensejar a incompatibilidade vertical dos atos ou leis inferiores com a Constituição, e, em sentido diverso, em inconstitucionalidade por omissão, decorrente da inércia legislativa na regulamentação de normas constitucionais de eficácia limitada.

Segundo eminente mestre DA SILVA (2012, p. 45) : “Enquanto a inconstitucionalidade por ação pressupõe a existência de normas inconstitucionais, a

inconstitucionalidade por omissão pressupõe a violação da lei constitucional pelo silêncio legislativo (violação por omissão)”.

### **1.2.2. Vício formal, material e de decoro parlamentar**

Nas inconstitucionalidades por ação teremos uma tripartição, onde encontraremos vícios formais, materiais ou de decoro parlamentar.

A doutrina nos traz uma fórmula para clarear o entendimento, como acertadamente assevera LENZA (2015, p.297):

No tocante ao vício formal e material, a doutrina também tem distinguido as expressões nomodinâmica e nomoestática, respectivamente, para a inconstitucionalidade.

Na medida em que o vício formal decorre de afronta ao devido processo legislativo de formação do ato normativo, isso nos dá a ideia de dinamismo, de movimento. Por sua vez, o vício material, por ser um vício de matéria, de conteúdo, a ideia que passa é de vício de substância, estático.

A inconstitucionalidade formal verifica-se quando a lei ou ato normativo infraconstitucional contiver algum vício em sua forma, em seu processo de formação, durante a elaboração legislativa ou em razão de autoridade incompetente para legislar determinado assunto.

Também de CANOTILHO (1998, p.889) abstrai-se:

Os vícios formais incidem sobre o ato normativo enquanto tal, independentemente do seu conteúdo e tendo em conta apenas a forma da sua exteriorização; na hipótese inconstitucionalidade formal, viciado é o ato, nos seus pressupostos, no seu procedimento de formação, na sua forma final.

Ainda quando ocorre o vício formal, este pode ser subdividido em mais 3 espécies de acordo com LENZA (2015, p.298): inconstitucionalidade formal orgânica, inconstitucionalidade formal propriamente dita e em inconstitucionalidade formal por violação a pressupostos objetivos do ato.

A inconstitucionalidade formal orgânica decorre da não observação à competência legislativa para elaboração do ato do poder público ou lei.

Entretanto, quando não observado o devido processo legislativo estaremos diante de uma inconstitucionalidade formal propriamente dita, onde além de poder haver o vício formal orgânico, encontrará o vício no procedimento de elaboração da norma. Podendo ser observado tanto na fase inicial como em fase posterior. O vício formal subjetivo é o vício formal que se

verifica na fase iniciativa. Já o vício formal objetivo será verificado nas demais fases do processo legislativo, posteriores à fase de iniciativa.

Observa ainda LENZA (2015, p. 298):

Existe um vício formal objetivo, na medida em que a lei complementar, por força do art. 69 da CF/88, deveria ter sido aprovada por maioria absoluta. Também nessa mesma senda, podemos elencar ainda o vício formal por violação a pressupostos objetivos do ato normativo, que seria, nada mais nada menos que procedimentos que antecedem a fase de formação da lei, por exemplo, podemos citar aqui as audiências e participações obrigatórias.

Lucidamente exemplifica o eminente CLÈVE (2000, 41): “(...)a edição de medida provisória sem a observância dos requisitos da relevância e urgência (art. 62, caput) ou a criação de Municípios por lei estadual sem a observância dos requisitos do art.18, paragrafo 4º da CF/88 (...)”.

Ensina-nos Gilmar Mendes que “os vícios formais traduzem defeito de formação do ato normativo, pela inobservância de princípio de ordem técnica ou procedimental ou pela violação de regras de competência”. (In: BRANCO; COELHO; MENDES, 2010, p. 1170).

Paulo Bonavides (2003, p. 297) explica sobre o controle formal:

Confere ao órgão que o exerce a competência de examinar se as leis foram elaboradas de conformidade com a Constituição, se houve correta observância das formas estatuídas, se a regra normativa não fere uma competência deferida constitucionalmente a um dos poderes, enfim, se a obra do legislador ordinário não contravém preceitos constitucionais pertinentes à organização técnica dos poderes ou às relações horizontais e verticais desses poderes, bem como dos ordenamentos estatais respectivos, como sói acontecer nos sistemas de organização federativa do Estado.

Assim também, sobre a inconstitucionalidade formal, LENZA (2015, p.298) distingue a dois tipos de vícios formais, que são o vício formal subjetivo e o vício formal objetivo. Explica o autor:

(...) o vício formal subjetivo verifica-se na fase de iniciativa. Tomemos um exemplo: algumas leis são de iniciativa exclusiva (reservada) do Presidente da República como as que fixam ou modificam os efeitos da Forças Armadas, conforme o art. 61, § 1º, I, da CF/88 (...). Em hipótese contrária (ex.: um Deputado Federal dando início), estaremos diante de um vício formal subjetivo insanável, e a lei será inconstitucional.

(...) por seu turno, o vício formal objetivo será verificado nas demais fases do processo legislativo, posteriores à fase de iniciativa. Como exemplo citamos uma lei complementar sendo votada por um quorum de maioria relativa. Existe um vício formal objetivo, na medida em que a lei complementar, por força do art. 69 da CF/88, deveria ter sido aprovada por maioria absoluta.

BARROSO (2006, p. 26-27) traz a seguinte classificação:

A primeira possibilidade a se considerar, quanto ao vício de forma, é a denominada inconstitucionalidade orgânica, que se traduz na inobservância da regra de competência para a edição do ato (...). De outra parte, haverá inconstitucionalidade formal propriamente dita se determinada espécie normativa for produzida sem a observância do processo legislativo próprio.

Do exposto, fica claro que a inconstitucionalidade formal faz referência ao erro na observância da competência ou nas regras relativa ao processo definido na Constituição.

Por outro lado, quando o vício for de ordem material, apresentando vício no conteúdo da lei ou ato do poder público, estará contaminado por vício material. Nas palavras de Luís Roberto Barroso (2006, p.29): “(...) a inconstitucionalidade material expressa uma incompatibilidade de conteúdo, substantiva entre a lei ou ato normativo e a Constituição”.

Os vícios materiais, diferentemente dos formais, estão ligados ao próprio mérito do ato, referindo-se a conflitos de regras e princípios estabelecidos na Constituição.

MENDES (2010, p.1172) apresenta o seguinte entendimento da questão:

A inconstitucionalidade material envolve, porém, não só o contraste direto do ato legislativo com o parâmetro constitucional, mas também a aferição do desvio de poder ou do excesso de poder legislativo. É possível que o vício de inconstitucionalidade substancial decorrente do excesso de poder legislativo constitua um dos mais tormentosos temas do controle de constitucionalidade hodierno. Cuida-se de aferir a compatibilidade da lei com os fins constitucionalmente previstos ou de constatar a observância do princípio da proporcionalidade, isto é, de se proceder à censura sobre a adequação e a necessidade do ato legislativo. (In: BRANCO; COELHO; MENDES, 2010, p. 1172).

Nas palavras de BARROSO (2006, p.30):

A inconstitucionalidade material expressa uma incompatibilidade de conteúdo, substantiva entre a lei ou o ato normativo e a Constituição. Pode traduzir-se no confronto com uma regra constitucional – e.g., a fixação da remuneração de uma categoria de servidores públicos acima do limite constitucional (art. 37, XI) – ou com um princípio constitucional, como no caso de lei que restrinja ilegítimamente a participação de candidatos em concurso público, em razão do sexo ou idade (arts. 5º, caput, e 3º, IV), em desarmonia com o mandamento da isonomia. O controle material de constitucionalidade pode ter como parâmetro todas as categorias de normas constitucionais: de organização, definidoras de direitos e programáticas.

Destarte, a inconstitucionalidade material se dá quando a norma vai contra os parâmetros explícitos da Constituição ou contra as vertentes do princípio da proporcionalidade (adequação e necessidade).



Desta monta, observamos que uma lei pode falecer separadamente ou simultaneamente tanto por vício formal e/ou material, podendo desta forma, ser duplamente inconstitucional.

Nos dias atuais já podemos identificar até vício de decoro, que é uma modalidade de vício utilizada no esquema de compra de votos, denominado “mensalão”, para votar de acordo com o governo ou em certo sentido. Assevera LENZA (2015, p. 300) acerca do vício de decoro parlamentar:

Vício de decoro parlamentar (?) Como se sabe e se publicou em jornais, revistas etc., muito se falou em esquema de compra de votos, denominado “mensalão”, para se votar de acordo com o governo ou em certo sentido. As CPIs vêm investigando e a Justiça apurando e, uma vez provados os fatos, os culpados deverão sofrer as sanções de ordem criminal, administrativa, civil etc. O grande questionamento que se faz, contudo, é se, uma vez comprovada a existência de compra de votos, haveria mácula no processo legislativo de formação das emendas constitucionais a ensejar o reconhecimento da sua inconstitucionalidade? Entendemos que sim e, no caso, trata-se de vício de decoro parlamentar, já que, nos termos do art. 55, § 1º, “é incompatível com o decoro parlamentar, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional ou a percepção de vantagens indevidas”. Vamos aguardar a maneira, uma vez ajuizada alguma ADI com base nesta tese, como o STF vai enfrentar essa importante questão. Em nosso entender, sem dúvida, trata-se de inconstitucionalidade, pois maculada a essência do voto e o conceito de representatividade popular.

A pergunta que se faz é, se uma vez comprovada a existência de compra de votos, haveria mácula no processo legislativo de formação das emendas constitucionais a ensejar o reconhecimento da sua inconstitucionalidade por não representar de forma fiel a vontade do povo através de seus representantes.

### **1.2.3. Momentos de Controle**

A análise quanto ao momento do controle costuma-se relacionar com o projeto de lei e o momento em que esse projeto torna-se por concreto lei, tudo se resume ao tempo em que a inconstitucionalidade é arguida, se for na fase de projeto será preventivo ou prévio, caso a dúvida seja levantada após a publicação da lei estaremos diante de um controle repressivo ou posterior.

### 1.2.4 Controle prévio ou preventivo

Para TEMER (2004, p.42-43) controle prévio ou preventivo:

É aquele realizado antes da aprovação da norma, devendo o iniciador verificar já na elaboração do projeto a constitucionalidade daquela. Pode ser exercido pelo Legislativo, pelo Executivo e pelo Judiciário. É percebido quando se pensa em controle lato de constitucionalidade, pretende evitar o ingresso de lei, que já no seu processo de elaboração está viciada, isto é, em desacordo com o Texto da Constituição (...) se refere a atos prévios. Portanto, atos inacabados.

Ao controle preventivo é facultado ser executado tanto pelo legislativo, como pelo executivo e judiciário. É realizado pelo legislativo quando se observa, perante suas comissões de constituição e justiça, se o projeto de lei, que poderá virar lei, contém algum vício a ensejar a inconstitucionalidade. De acordo com o art. 32, IV, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados<sup>1</sup>, o controle será realizado pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, enquanto no Senado Federal o controle será exercido pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania – CCJ, de acordo com o art. 101 de seu Regimento Interno<sup>2</sup>. O plenário das referidas Casas também poderá verificar a inconstitucionalidade do projeto de lei, mesmo podendo ser feito durante as votações.

O controle prévio também pode ser exercido via poder judiciário sobre a PEC ou projeto de lei em trâmite na Casa Legislativa e busca garantir ao parlamentar o respeito ao devido processo legislativo, vedando sua participação em procedimentos desconformes com as regras da Constituição. É um controle concreto exercido por via de defesa, ou seja, incidental.

<sup>1</sup> Regimento Interno da Câmara dos Deputados, **Art. 32**. São as seguintes as Comissões Permanentes e respectivos campos temáticos ou áreas de atividade: IV – Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania:

<sup>2</sup> **Regimento Interno do Senado Federal, Art. 101**. A Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania compete: a) Aspectos constitucional, legal, jurídico, regimental e de técnica legislativa de projetos, emendas ou substitutivos sujeitos à apreciação da Câmara ou de suas Comissões; b) Opinar sobre a constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade das matérias que lhe forem submetidas por deliberação do Plenário, por despacho da Presidência, por consulta de qualquer comissão, ou quando em virtude desses aspectos houver recurso de decisão terminativa de comissão para o Plenário;

Como acertadamente observa LENZA (2015, 195):

A única hipótese de controle preventivo a ser realizado pelo Judiciário sobre projeto de lei em trâmite na Casa Legislativa é para garantir ao parlamentar o devido processo legislativo, vedando a sua participação em procedimento desconforme com as regras da Constituição. Trata-se, como visto, de controle exercido, no caso concreto, pela via de exceção ou defesa, ou seja, de modo incidental.

[...]

No que tange o projeto de lei, o STF restringiu o controle preventivo apenas para a hipótese de violação ao devido processo legislativo, não se admitindo a discussão sobre a matéria, buscando, assim, resguardar a regularidade jurídico-constitucional do procedimento, sob pena de se violar a separação de poderes.

No que tange ao projeto de lei, o controle judicial não apreciará a matéria, mas apenas o processo legislativo e quanto a PEC, o controle será mais amplo, abrangendo não apenas a regularidade de procedimento, mas, também, a matéria permitindo o trancamento da tramitação de PEC que tenda a abolir cláusula pétrea.

### **1.2.5. Controle posterior ou repressivo**

A respeito do controle posterior discorre LENZA (2015, p. 309):

Sempre caberá o controle sobre a lei e não mais sobre o projeto de lei. Os controles podem ser feito por órgão político, jurisdicional ou híbrido. O controle político verifica-se em países como França que fixou um conselho constitucional composto por 9 conselheiros escolhidos pelo presidente da república e pelo parlamento. No controle jurisdicional acontece o controle realizado pelo poder judiciário através de um único órgão, controle concentrado, no caso do direito brasileiro, pelo STF e pelo TJ como em qualquer juiz ou tribunal pela forma difusa. Já no controle híbrido temos uma mistura dos outros dois sistemas, nas normas são analisadas sua (in)constitucionalidade perante um órgão distinto dos 3 poderes.

O modelo padrão do controle jurisdicional posterior no Brasil é ser realizado pelo poder judiciário, porém essa regra admite exceções: a primeira delas está apresentada no art. 49, V da CF/88, a qual preceitua ser competência exclusiva do Congresso Nacional cassar os atos normativos do Poder Executivo que extrapolem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa. Este controle será realizado pelo decreto legislativo a ser expedido pelo Congresso Nacional nas seguintes hipóteses: a) sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar. Se no momento de regulamentar a lei o Chefe do Poder Executivo extrapolar os limites a ele oferecido, onde se excedeu poderá o Congresso afastar

por meio de decreto legislativo; b) interromper os atos normativos do Poder Executivo que ultrapassem dos limites de delegação legislativa, no caso de elaboração de lei delegada pelo Presidente da República, extrapolando os limites da referida resolução, poderá o Congresso Nacional, fazendo-se valer de decreto legislativo, sustar o referido ato que extrapolou dos limites da delegação legislativa.

Como é sabido, o Executivo terá que observar a letra da lei para editar seus decretos. Observa-se, deste modo, que mesmo os atos mais conspícuos do Chefe do Poder Executivo, isto é, os decretos, inclusive quando expedem regulamentos, só podem ser produzidos para ensejar fiel execução à lei. Ou melhor: imagina-se sempre uma dada lei da qual sejam os fiéis executores, como sabidamente assegura MELLO (2010, p.103): “Há um dever de observância ao princípio da legalidade previsto no art. 37, CF, o qual significa que diferente do âmbito privado que pode fazer tudo aquilo que a lei não proibir por força do art. 5, II, a Administração Pública deve fazer somente aquilo que a lei permitir”.

A segunda exceção à regra geral está prevista no art. 62 da CF/88, o Presidente da República poderá propor medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao crivo do Congresso Nacional.

Há outrossim, a possibilidade de o controle posterior ou repressivo ser executado pelo Tribunal de Contas da União. Observa-se sempre no caso concreto e de modo incidental, apreciando a inconstitucionalidade de uma lei e, se for o caso, deixar de aplicá-la. Nesta mesma trilha caminha a sumula 347 do STF: “O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público”.

### **1.3. Sistemas e Vias de Controle Judicial**

O controle de constitucionalidade poderá ser, partindo de um critério subjetivo ou orgânico, difuso ou concentrado. O sistema difuso de controle significa a possibilidade de qualquer juiz ou tribunal, observada as regras de competência, realizar o controle de constitucionalidade de uma lei. No controle concentrado temos o controle de constitucionalidade sendo feito por um órgão especializado, tratando-se de competência originária.

Dentro da mesma idéia, do ponto de vista formal, o sistema poderá optar pela via incidental ou pela via principal.

No sistema de controle pela via incidental, o controle será exercido como questão prejudicial e premissa lógica do pedido principal.

Já no sistema de controle via principal, a análise da constitucionalidade da lei será o objeto principal, autônomo e exclusivo da causa.

### **1.3.1. Controle Difuso**

No controle difuso observamos o controle ocorrendo pela via de exceção ou defesa, ou controle aberto, sendo executado por qualquer juízo ou tribunal do Poder Judiciário.

O controle difuso constata-se em um caso concreto, e a declaração de inconstitucionalidade dá-se de forma incidental, prejudicialmente ao exame do mérito.

Como bem pontua o nobre doutrinador CLÈVE (2000, p.101):

O controle de constitucionalidade difuso também denominado concreto, aberto, incidental, via de defesa e via de exceção é admitido para atacar indiretamente a lei ou um ato normativo considerado inconstitucional, que tenha lesionado direito das partes envolvidas, cuja declaração de inconstitucionalidade poderá ser prolatada por qualquer órgão do judiciário.

De acordo com BARROSO (2006, p.47):

No Brasil, o controle difuso vem desde a primeira Constituição republicana e subsiste até hoje sem maiores alterações. Do juiz estadual recém-concursado até o Presidente do Supremo Tribunal Federal, todos os órgãos judiciários têm o dever de recusar aplicação às leis incompatíveis com a Constituição.

O controle difuso tem como fundamento principal o seu desenvolvimento no curso de um processo, em que a controvérsia constitucional é “antecedente lógico e necessário à declaração judicial que há de versar sobre a existência de relação jurídica” (MENDES 2008, p.1066).

A competência para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo pertence originariamente ao STF, porém, no controle difuso, tanto o juiz monocrático quanto os tribunais podem rejeitar a aplicação da norma considerada inconstitucional. (CLÈVE 2000, p.102).

No controle difuso realizados pelos Tribunais a fora no país, deve-se sempre estar atento à clausula de reserva de plenário. O art. 97 da CF/88 estabelece que somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público. Temos

aqui a chamada cláusula de reserva de plenário, também denominada regra do *full bench*, ou seja, regra do “banco cheio”.

BARROSO (2006, p.84) sustenta que:

[...] Essa linha de entendimento, que é intuitiva, tem a chancela do Supremo Tribunal Federal, que em hipóteses diversas invalidou decisões de órgãos fracionários de tribunais inferiores, por violação ao art. 97 da Constituição. O fio condutor dos pronunciamentos da Corte foi o de que a declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum*, em controle difuso, é pressuposto para o afastamento da aplicação da norma tida por inconstitucional. E que tal declaração, em se tratando de decisão proferida por tribunal, só pode se feita pelo plenário ou pelo órgão especial, por maioria absoluta.

Deste modo, não cabe a nenhum tribunal declarar a inconstitucionalidade de uma norma, sem que antes haja o reconhecimento do vício pelo plenário ou órgão especial ou o próprio Plenário do STF através do controle difuso. (BARROSO 2006, p.85).

Como acertadamente afirma Marcelo Caetano, citado pelo Ministro Celso de Mello (RE 190.725-8/PR), que “(...) a exigência de maioria qualificada para a declaração da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo justifica-se pela preocupação de só permitir ao Poder Judiciário tal declaração quando o vício seja manifesto e, portanto, salte aos olhos de um grande número de julgadores experientes caso o órgão seja colegiado(...)”<sup>3</sup>

Mesmo perante o art. 9º, III do RISTF, que aduz ser competência das turmas (1ª ou 2ª) o julgamento de recurso extraordinário será distribuído a um Ministro e ficará atrelado a Turma em relação a qual o Ministro integra, ressalvadas as hipóteses regimentais de prevenção. Apesar dessa regra geral, consoante o art. 11, I do RISTF, a turma remeterá o feito ao julgamento do Plenário independente de acórdão e de nova pauta quando considerar relevante a arguição de inconstitucionalidade ainda não decidida pelo Plenário, e o Relator não lhe houver afetado o julgamento. Também quando, não obstante decidida pelo Plenário, a

---

<sup>3</sup> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO Nº 1.128.226-5/01 - DA 6ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA, FALÊNCIAS E RECUPERAÇÃO JUDICIAL DO FORO CENTRAL DA COMARCA DA REGIÃO METROPOLITANA DE CURITIBA EMBARGANTE: SINDICATO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA DO ESTADO DO PARANÁ EMBARGADO: ESTADO DO PARANÁ E OUTRO RELATOR: DES. ANTONIO RENATO STRAPASSON EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ALEGAÇÃO DE OMISSÃO PELA INOBSERVÂNCIA DO ART. 97, DA CF/88 PARA A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMA ESTADUAL - INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO QUE DISPENSA, QUANDO EXERCIDA NO ÂMBITO DO CONTROLE CONCRETO E DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE, A INSTAURAÇÃO DO INCIDENTE PROCESSUAL ATINENTE AO PRINCÍPIO DA RESERVA DE PLENÁRIO - TENTATIVA DE REDISCUSSÃO DO MÉRITO - IMPOSSIBILIDADE PELA VIA ESTREITA DOS EMBARGOS - AUSÊNCIA DE OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO - DECISÃO QUE OBSERVOU OS DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS E ESTADUAIS ATINENTES À ESPÉCIE E JULGOU CONFORME O PRINCÍPIO DA IGUALDADE - RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (grifo meu)

questão de inconstitucionalidade, algum Ministério propuser o seu reexame e quando algum Ministro propuser revisão da jurisprudência compendiada na Súmula.<sup>4</sup>

Frise-se ainda o art. 22 do RISTF o qual permite que o relator afete a questão ao Plenário quando houver relevante arguição de inconstitucionalidade ainda não decidida, notadamente: a) quando houver matérias em que diverjam as Turmas entre si ou alguma delas em relação ao Plenário; b) quando em razão da relevância da questão jurídica ou da necessidade de prevenir divergência entre as Turmas convier pronunciamento do Plenário.

A respeito dos efeitos das decisões para as partes, pode-se aqui salientar, em regra geral, que os efeitos de uma sentença vinculam somente as partes do processo. No momento que a sentença declara ser a lei inconstitucional, no controle difuso, produz efeitos pretéritos, atingindo a lei desde a sua edição, tornando-a nula de pleno direito, para as partes os efeitos serão entre elas e ex tunc.

Os efeitos para terceiros somente aparecem com a declaração de inconstitucionalidade pelo STF, no controle difuso, desde que tal decisão seja definitiva e deliberada pela maioria absoluta do pleno do tribunal (art. 97 da CF/88), o art. 178 do Regimento Interno do STF afirma que será feita a comunicação, logo após a decisão, à autoridade ou órgão interessado, assim como, depois do trânsito em julgado, ao Senado Federal, para os efeitos do art. 52, X, da CF/88, ao passo que, estabelece ser competência privativa do Senado Federal, diante o instrumento da resolução, barrar a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão terminativa do STF.

Pelo presente Regimento Interno do Senado Federal extrai-se o art. 388, infere-se o procedimento determinando que, após a leitura em plenário, a comunicação ou representação será direcionada à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, que proporá projeto de resolução suspendendo a execução da lei, no todo ou em parte (CF, art. 52, X).

Contudo vale sublinhar, que se toda lei declarada inconstitucional pelo STF, se entender o Senado Federal pela conveniência da suspensão da lei deverá fazê-lo “no todo”,

---

<sup>4</sup> RISTF, **Art. 11.** A Turma remeterá o feito ao julgamento do Plenário independente de acórdão e de nova pauta: **I** – quando considerar relevante a arguição de inconstitucionalidade ainda não decidida pelo Plenário, e o Relator não lhe houver afetado o julgamento; **II** – quando, não obstante decidida pelo Plenário, a questão de inconstitucionalidade, algum Ministro propuser o seu reexame; **III** – quando algum Ministro propuser revisão da jurisprudência compendiada na *Súmula*. **Parágrafo único.** Poderá a Turma proceder da mesma forma, nos casos do art. 22, parágrafo único, quando não o houver feito o Relator.

vale dizer, em relação a toda a lei que já havia sido declarada inconstitucional, não sendo facultado suspender menos do que já foi acertado pela Pretória Corte. (LENZA, 2015)

O Senado Federal deverá fazê-lo exatamente em relação à parte que foi declarada inválida, não podendo suspender além da decisão do STF. Mesmo que a suspensão, pelo Senado Federal, de lei tida como inconstitucional pelo sistema difuso, deve esta, atingir a todos desde o momento que a resolução do Senado for publicada na Imprensa Oficial.

Contudo, cabe ressaltar que o Senado Federal não está obrigado a suspender a execução de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Trata-se de discricionariedade política, tendo o Senado Federal total liberdade para cumprir o art. 52, X da CF/88. Caso contrário, estaríamos diante de afronta ao princípio da separação de Poderes.

Como bem leciona LENZA (2015, p.):

No que tange a abstrativização do controle difuso, a doutrina clássica sempre sustentou que, se a declaração de inconstitucionalidade ocorre incidentalmente, pela acolhida da questão prejudicial que é fundamento do pedido ou defesa, a decisão não tem autoridade de coisa julgada, nem se projeta fora do processo no qual foi proferida.

Contudo a tendência moderna é considerar a declaração de inconstitucionalidade no caso concreto e no controle difuso brasileiro, reconhecendo a invalidade da lei, teria eficácia para todos.

Os principais motivos a justificar esse novo posicionamento podem ser assim apontados: força normativa da Constituição, princípio da supremacia da Constituição e a sua aplicação uniforme a todos os destinatários, o STF enquanto guardião da Constituição e seu intérprete máximo e a dimensão política das decisões do STF.

Nessa linha, em seu voto vencido, no julgamento da RCL 4.335, o Ministro Gilmar Mendes sepultou, de vez, a regra do art. 52, X, aproximando o controle difuso do controle concentrado, traduzindo importante perspectiva em termos de abstrativização do controle difuso e de consagração da tese da transcendência da *ratio decidendi*.

Desta forma afirma o Ministro MENDES (fls. 55-56 do acórdão):

(...) parece legítimo entender que a suspensão de execução da lei pelo Senado Federal há de ter simples efeito de publicidade. Se o STF, em sede de controle incidental, chegar a conclusão, de modo definitivo, de que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação ao Senado Federal para que este publique a decisão no Diário do Congresso.(...)Assim, o Senado não terá a faculdade de publicar ou não a decisão, uma vez que não se cuida de uma decisão substantiva, mas de simples dever de publicação, tal como reconhecido a outros órgãos políticos em alguns sistemas constitucionais (...). Portanto, a não publicação, pelo Senado Federal, de Resolução que, nos termos do art. 52, X, da Constituição,



suspenderia a execução da lei declarada inconstitucional pelo STF, não terá o condão de impedir que a decisão do Supremo assuma a sua real eficácia jurídica.<sup>5</sup>

Entretanto, o efeito *erga omnes* da decisão foi previsto somente para o controle concentrado e para a súmula vinculante e, em se tratando de controle difuso, nos termos da regra do art. 52, X, da CF/88, somente após atuação discricionária e política do Senado Federal. No controle difuso, portanto, não havendo suspensão da lei pelo Senado Federal, a lei continua válida e eficaz, só se tornando nula no caso concreto, em razão de sua não aplicação.

Assim sendo, dizer que o STF alterou o sentido do art.52, X, no sentido de ter havido mutação constitucional, e, assim, transformar o Senado Federal em órgão para simples publicidade da decisão concreta é sustentar inadmitida mutação inconstitucional. Não foi dado ao STF o poder de reforma constitucional.

A possibilidade de se atribuir o efeito *erga omnes* dependeria ou de resolução do Senado Federal, ou ainda, de súmula vinculante a ser editada pelo STF, pois assim respeitaria a segurança jurídica, evitando-se o casuísmo.

### 1.3.2. Controle Concentrado

Para NOVELINO (2008, p.120) controle concentrado é uma das espécies de controle de constitucionalidade, cujo objetivo é garantir "a supremacia da Constituição , independentemente da existência de lesões concretas a direitos subjetivos". O objeto perseguido na ADI é o controle de constitucionalidade de ato normativo em tese, abstrato, marcado pela generalidade, impessoalidade e abstração. O que se busca saber é se a lei é inconstitucional ou não, manifestando-se o Judiciário de forma específica sobre o aludido objeto.

Em regra, através do controle concentrado, almeja-se expurgar do sistema lei ou ato normativo viciado (material ou formalmente), buscando por conseguinte, a sua invalidação.

Portanto, o objeto do comentado instrumento processual é a lei ou ato normativo que se mostrarem incompatíveis com o ordenamento jurídico. Entende-se aqui por lei, todas as

---

<sup>5</sup> **Ementa:** Reclamação 4.335. 2. Progressão de regime. Crimes hediondos. 3. Decisão reclamada aplicou o art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/90, declarado inconstitucional pelo Plenário do **STF** no HC 82.959/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 1.9.2006. 4. Superveniência da Súmula Vinculante n. 26. 5. Efeito ultra partes da declaração de inconstitucionalidade em controle difuso. Caráter expansivo da decisão. 6. Reclamação julgada procedente.

espécies normativas do art. 59 da CF/88: emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decreto legislativo e resoluções<sup>6</sup>. Por outro lado, os atos normativos sujeitos ao controle de constitucionalidade podem ser: resoluções administrativas dos tribunais, atos estatais de conteúdo meramente derogatório, como as resoluções administrativas, desde que incidam sobre atos de caráter normativo.

Podem ainda ser objeto de controle de constitucionalidade: os atos normativos, as deliberações administrativas dos órgãos judiciários, as deliberações dos Tribunais Regionais do Trabalho judiciários e as resoluções do Conselho Interministerial de Preços – CIP

Como bem observa MORAES (2014, p.559):

Atos normativos são resoluções administrativas dos Tribunais, atos estatais de conteúdo meramente derogatório, como as resoluções administrativas, desde que recaiam sobre atos de natureza normativa. Segundo precedentes do Supremo Tribunal Federal, podem também ser objetos de controle de constitucionalidade as deliberações administrativas dos órgãos judiciários (ADIn 728, rel. Min. Março Aurélio) e as deliberações dos Tribunais Regionais do Trabalho Judiciário, salvo as convenções coletivas. Assim também, já reconheceu o STF o caráter normativo das resoluções do Conselho Internacional de Preços (STF, Pleno, ADIn 8-0/DF, rel. Min. Carlos Velloso) e regimentos internos dos Tribunais.

As súmulas de jurisprudência não possuem o grau de normatividade qualificadas, não podendo, portanto, serem questionadas em sede de controle de constitucionalidade concentrado. Para as súmulas o que existe é um procedimento de revisão, pelo qual poderá cancelar a súmula possuidora de alguma mácula.

A respeito das Emendas constitucionais, podem ser objetos de controle, embora iniciem no ordenamento normas de caráter constitucional. O que encontramos com o processo de emendas é a expressão do poder constituinte derivado reformador, que se apresenta na forma do poder constituinte originário, que por a proposito, é ilimitado e autônomo.

Assim também, acentua Flávia Rosa dos Santos (19, p.132-186, [www.fesmpdft.org.br](http://www.fesmpdft.org.br)):

Uma Constituição Federal sempre é editada com a intenção de durar no tempo, contudo, a dinâmica político-social pode reclamar ajustes na vontade do poder constituinte originário. Para permitir que o texto constitucional seja alterado e se acomode à realidade social, o próprio poder constituinte originário cria o poder de reforma e estabelece o procedimento a ser seguido e as limitações a serem

---

<sup>6</sup> Constituição Federal/1988, Art. 59. O processo legislativo compreende a elaboração de: I - emendas à Constituição; II - leis complementares; III - leis ordinárias; IV - leis delegadas; V - medidas provisórias; VI - decretos legislativos; VII - resoluções. Parágrafo único. Lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

observadas. Por ser um poder instituído, condicionado e não inicial, o poder de emenda à Constituição está sujeito a limitações formais e materiais, estabelecidas no artigo 60 da Lei Maior.

Contudo, o poder derivado reformador, deve prestar obediência aos limites impostos e estabelecidos pelo poder originário, como decorre da observância às regras do art. 60 da CF/88. Assim, não observando aos referidos limites, inevitável declarar inconstitucional a emenda que inaugurou uma alteração no texto constitucional.

O poder constituinte derivado revisor (art. 3º do ADCT), assim como o reformador (art. 60 da CF/88) e o decorrente (art. 25 da CF/88 – Constituições Estaduais), é resultado do trabalho de criação do originário, estando, portanto, a ele vinculado. É, ainda, um poder atrelado e limitado às regras insculpidas pelo originário, sendo, assim, um poder jurídico. (NEVES, 2011)

Destarte aduz que as Emendas de revisão também poderão ser controladas, tanto em seu plano formal como material (cláusulas pétreas – art. 60, parágrafo 4º, I a IV)

O mesmo cogitaria falar a despeito da medida provisória, já que essa incorpora força de lei, sendo assim, passível de sofrer o controle jurisdicional de constitucionalidade.

Atualmente, através do julgamento da ADI 2.527-9/DF, tendo a Ministra Ellen Gracie relatora, o STF entendeu que:

O Poder Judiciário, quando provocado, tem legitimidade para analisar a extensão dos pressupostos de relevância e urgência na medida provisória apenas quando for evidente a sua ausência, caso em que se caracteriza a existência de abuso no poder de legislar pelo Poder Executivo.<sup>7</sup>

O entendimento é que o STF está inclinado a aceitar que a certeza da urgência e relevância da MP é de juízo discricionário do Presidente da República e que a posterior submissão da medida ao Congresso Nacional almeja analisar tais requisitos. Desta forma, o pronunciamento da Corte sobre a inconstitucionalidade formal da medida provisória só se dará de forma excepcional, no instante do flagrante desvio de finalidade ou abuso no poder de legislar por parte do Presidente.

Da mesma forma não se observa nos regulamentos e decretos regulamentares expedidos pelo Executivo e demais atos normativos secundários, via de regra geral, não sofrem controle de constitucionalidade. Nestes casos não se cogita falar em controle de constitucionalidade e sim, trata-se de verificar se a questão está dentro ou fora do campo da

---

<sup>7</sup> **Decisão:** O Tribunal, por maioria, nos termos do voto da Relatora, Ministra Ellen Gracie (Presidente), deferiu em parte a liminar para suspender o artigo 3º da Medida Provisória nº 2.226, de 4 de setembro de 2001. (...) Medida cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade. Medida Provisória 2.226, de 04.09.2001. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de revista. Requisito de admissibilidade. Transcendência.

legalidade, portanto, os atos administrativos, quando em desconformidade com o ordenamento jurídico, serão ilegais e não inconstitucionais. Nem mesmo se admitiria o controle de constitucionalidade indireta, reflexa ou oblíqua, pois são atos secundários a fundamentos constitucionais.

Nesse sentido é o posicionamento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal:

Direito Constitucional e Tributário. ICMS: “Guerra fiscal”. Ação direta de inconstitucionalidade de dispositivos do regulamento do ICMS (Decreto n. 2.736, de 5.12.1996) do Estado do Paraná. Alegação de que tais normas violam o disposto no § 6º do art. 150 e no art. 155, § 2º, inciso XII, letra g, da Constituição Federal, bem como os arts. 1º e 2º da Lei Complementar n. 24/75. Questão preliminar, suscitada pelo governador, sobre o descabimento da ação direta de inconstitucionalidade, porque o decreto impugnado é mero regulamento da Lei n. 11.580, de 14.11.1996, que disciplina o ICMS naquela unidade da federação, esta última não acoimada de inconstitucional. Medida cautelar. 1. Tem razão o Governador, enquanto sustenta que esta Corte não admite, em A.D.I., impugnação de normas de Decreto meramente regulamentar, pois considera que, nesse caso, se o Decreto exceder os limites da Lei, que regulamenta, estará incidindo, antes, em ilegalidade. É que esta se coíbe no controle difuso de legalidade, ou seja, em ações outras, e não mediante a A.D.I., na qual se processa, apenas, o controle concentrado de constitucionalidade [...].<sup>8</sup>

O STF tem aceitado, com poucas exceções, ação direta de inconstitucionalidade, cujo objeto seja decreto, quando este, no todo ou em parte, manifestadamente não regulamenta a lei, apresentando-se, assim, como decreto autônomo. Nesse caso, ocorrerá possibilidade de análise de compatibilidade diretamente com a Constituição Federal para constatar a observância do princípio da reserva legal.

Nessa linha de raciocínio, HELAL(2006, p. 220-221) expõe:

Excepcionalmente, tem-se admitido a ação direta de inconstitucionalidade em face de decreto antinômico à Constituição, quando este, desviando-se de seu escopo de assegurar a fiel execução da lei, não a regulamenta de guisa total ou parcial, caracterizando-se como decreto autônomo.

[...]

---

<sup>8</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2155-PR*. Requerente: Governador do Estado de São Paulo. Requerido: Governador do Estado do Paraná. Relator: Sydney Sanches. Brasília-DF, 1º jun. 2001. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 15/2/15 às 15:16.

O decreto que não visa a regulamentar lei ou que não se especia nela é um ato normativo autônomo, ferindo o princípio constitucional da reserva legal, sendo, por isso, passível de controle da constitucionalidade. Nas demais hipóteses, a questão situa-se no âmbito legal, não dando azo ao conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade que tem por objeto o decreto.

Dessa forma, mesmo que de fato os decretos sejam, em regra, confrontados com a lei e, assim, se enquadrarem como legais ou ilegais, a doutrina tem aceitado a possibilidade de confrontar-se um decreto diretamente à Constituição, no caso dos decretos autônomos.

Já os tratados internacionais, quando observados os requisitos do parágrafo 3º, do art. 5º da CF/88, que versarem sobre direitos humanos e que forem aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão, estes, equivalentes às emendas constitucionais.

A supralegalidade é a tese prevalente, apoiada pelo ministro Gilmar Mendes, do Supremo Tribunal Federal e, atualmente, se refere à ocupação dos tratados internacionais no plano da hierarquia jurídica, como normas que estão um patamar acima da legislação, porém abaixo da Constituição Federal, ou seja, a supralegalidade encontra-se diretamente relacionada aos tratados de Direitos Humanos que não foram sancionados em conformidade com o rito do art. 5º, § 3º, da Magna Carta. Porquanto, assim vale destacar o posicionamento do Ministro Gilmar Mendes acerca da presente questão:

Não se pode negar, por outro lado, que a reforma também acabou por ressaltar o caráter especial dos tratados de direitos humanos em relação aos demais tratados de reciprocidade entre os Estados pactantes, conferindo-lhes lugar privilegiado no ordenamento jurídico. Em outros termos, solucionando a questão para o futuro – em que os tratados de direitos humanos, para ingressarem no ordenamento jurídico na qualidade de emendas constitucionais, terão que ser aprovados em quórum especial nas duas Casas do Congresso Nacional –, a mudança constitucional ao menos acena para a insuficiência da tese da legalidade ordinária dos tratados e convenções internacionais já ratificados pelo Brasil, a qual tem sido preconizada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal desde o remoto julgamento do RE nº 80.004/SE, de relatoria do Ministro Xavier de Albuquerque (julgado em 1.6.1977; DJ 29.12.1977) e encontra respaldo em um largo repertório de casos julgados após o advento da Constituição de 1988. Por conseguinte, parece mais consistente a interpretação que atribui à característica de ‘supralegalidade’ aos tratados e convenções de direitos humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de ‘supralegalidade’. Em outros termos, os tratados sobre direitos humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção

dos direitos da pessoa humana.<sup>9</sup>

#### **1.4. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN)**

Nas ADINs ao invés de solucionar um conflito de interesse, gerado da pretensa violação ou ameaça de violação a um direito subjetivo, nestas analisa-se a lei em tese, decidindo-se pela adequação das normas infraconstitucionais às normas constitucionais.

Deste modo, leciona Alexandre Moraes (2007, p. 734):

O objeto das ações diretas de inconstitucionalidade genérica, além das espécies normativas previstas no art. 59 da Constituição Federal, engloba a possibilidade de controle de todos os atos revestidos de indiscutível conteúdo normativo.

[...]

Por outro lado, nada impede que haja controle difuso de constitucionalidade em sede de Ação civil Pública, podendo ser em leis federais, ou em leis estaduais, distritais ou municipais em face da Constituição.

Em verdade, as ações de controle concentrado de constitucionalidade podem ser consideradas como ações declaratórias necessárias, pelas quais se busca um bem da vida que não poderá ser obtido sem a indispensável intervenção jurisdicional.

De acordo com a previsão do art. 102, I, a, da CF/88, o Supremo Tribunal Federal tem competência originária para o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, quando alegada contrariedade à Constituição.<sup>10</sup>

Importa também destacar os Tribunais de Justiça são competentes para o julgamento de ação direta de inconstitucionalidade, mas, nesse caso, a alegada ofensa atinge a Constituição Estadual. Aduz o art. 125, parágrafo 2º da CF/88 a possibilidade de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais, considerados em face da Constituição Estadual.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> MENDES, Recurso Especial 466.343 / SP, 2008, P.21

<sup>10</sup> Constituição Federal de 1988, Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

<sup>11</sup> Constituição Federal de 1988, Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 1º A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça.

No que tange a legitimidade passiva das ADINs, assim preceitua NEVES(2011, p.04):

[...] parece ser uma exceção a regra da relação jurídica processual tríplice, porque, nesse tipo de ação, não haverá propriamente um réu, ainda que os órgãos ou autoridades responsáveis pela lei ou pelo ato normativo objetivo da ação sejam convocados a prestar informações no processo e o Advogado-Geral da União funcione, ao menos em regra, como defensor de sua constitucionalidade.

Deste modo, é equivocada a afirmação de que o Advogado-Geral da União formará o polo passivo da demanda, porque, apesar de participar do processo, se opondo a pretensão do autor, não é contra ele voltado o pedido formulado na petição inicial, o que já seria suficiente para concluir que ele não pode ser considerado réu. Ademais, se fosse realmente réu, sua manifestação a favor da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo – o que é plenamente aceitável, ainda que excepcional – significaria um reconhecimento jurídico do pedido, levando ao julgamento por homologação, nos termos do art. 269, II, do CPC/73, o que naturalmente não ocorre, podendo o Supremo Tribunal Federal julgar o pedido improcedente mesmo com a manifestação do Advogado-Geral da União no sentido do pedido elaborado pelo autor em sua petição inicial.

No polo ativo, o art. 103 da CF/88 prevê um amplo rol de legitimados, o que se mostra positivo em termos de incentivo à propositura dessa espécie de demanda e, por consequência, natural no fortalecimento do controle concentrado de constitucionalidade<sup>12</sup>. O autor estará em juízo em nome próprio defendendo direito da coletividade.

Deste modo, em observados casos o legitimado deve estar atento a legitimidade ativa "ad causam", esta deve vir acompanhada do interesse de agir. Para os professores: Silvio

---

§ 2º **Cabe aos Estados** a instituição de **representação de inconstitucionalidade** de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em **face da Constituição Estadual**, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão. (grifo meu)

<sup>12</sup> Constituição Federal de 1988, Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;

VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;

IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

§ 1º O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal.

§ 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

§ 3º Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.

Motta & William Douglas (2002, p.83-85), a legitimação quanto à pertinência temática se divide em duas espécies, a saber:

Espécies de legitimados ativos;

1. a) legitimados universais
2. b) legitimados especiais.

Os legitimados ativos universais se caracterizariam por possuírem interesse de preservar a supremacia da Constituição em razão de sua própria natureza jurídica, ou seja, de suas atribuições institucionais. Uma ação direta propostas por eles jamais seria julgada inepta por falta de interesse de agir ou de pertinência temática. Seriam os legitimados ativos universais, O Presidente da República, O Procurador Geral da República, As mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, Os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, Conselho federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Já os classificados como legitimados ativos especiais, devem demonstrar, de forma inequívoca, a relação de interesse entre o objeto da ação direta proposta e a classe profissional, social, econômica ou política que representam. Assim não basta o interesse genérico na preservação da Constituição. Precisam eles de um interesse específico, relacionado com sua classe. Desta forma, por exemplo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, inclina-se para apenas admitir ação direta por parte de Governadores de Estado e do Distrito Federal e as mesas de Assembleias Legislativas e da Câmara Legislativa, se o objeto tiver relação, ainda que indireta, com os interesses das respectivas entidades federativas. Surge para o legitimado ativo especial mais um requisito: a pertinência temática do pedido. Assim, são legitimados ativos especiais o: Governador de Estado, a mesa de Assembleia Legislativa e confederação Sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Fala-se de legitimidade concorrente, porque há vários legitimados, e disjuntiva, porque qualquer um dos legitimados pode ingressar sozinho com a ação judicial, o que não obsta a formação de um litisconsórcio ativo facultativo.

De relevante interesse é ressaltar que a legitimidade ativa exposta no rol do art. 103 da CF/88 será analisada tão somente no momento de propositura da demanda, não havendo extinção da ação por perda superveniente de legitimidade ativa. Assim bem pontua NEVES (2011, p.07): “Dessa forma, ainda que o partido político deixe de ter representação no Congresso Nacional durante o trâmite procedimental de ação direta de inconstitucionalidade proposta por ele, a ação seguirá normalmente”.

No que concerne a fase procedimental, aplica-se no caso o princípio da inércia da jurisdição (princípio da demanda), de forma que cabe exclusivamente aos legitimados pelo art. 103 da CF/88 e art. 2º da lei n.º9.868/1999, em grupo ou isoladamente, dar início ao processo por meio de uma petição inicial. O início do processo de ofício, portanto, é vedado.

Ainda que o art. 3º da Lei n.º9.868/1999 preveja alguns requisitos formais que a petição inicial deve conter, é imprescindível uma aplicação subsidiária do art. 282 do



CPC/1973 naquilo que não for incompatível com a natureza e procedimento da ação.<sup>13</sup> Ressalte-se desde já a exigência contida no art. 3º da Lei 9.868/1999 de que a petição inicial seja apresentada em duas vias.

Outro ponto importante destacado por NEVES (2011, p.09) trata da não necessidade de produção de provas, como se percebe de suas palavras:

Observa-se também a desnecessidade de pedido de produção de provas (art. 282, VI, do CPC/1973), já que, no caso de processo objetivo, é inviável falar-se em preclusão probatória por ausência de pedido do autor, e do pedido de citação do réu (art.282, VII do CPC/1973), considerando que não existe réu propriamente dito nesse processo.

Outrossim faz-se necessário que se atribua um valor a causa, embora essa estimativa seja algo árduo de se mensurar em razão do valor inestimável do bem da vida pretendido, para fins de fixação de multas em caso de litigância de má-fé e deslealdade processual. Porém, registra-se que não se exige a indicação de valor a causa.

Como se pode observar do julgado abaixo:

#### **Ementa**

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. VALOR DA CAUSA. QUORUM PARA ADMISSAO DE ACUSACAO CONTRA O PREFEITO MUNICIPAL. PRELIMINAR DE INEPCIA DA INICIAL, A FALTA DE VALOR DA CAUSA. IRRELEVANCIA, EIS QUE NAO SE TRATA DE VALOR PATRIMONIAL. SE A CARTA MAGNA E A CONSTITUIÇÃO ESTADUAL PREVEEM QUORUM QUALIFICADO DE DOIS TERCOS PARA RECEBIMENTO DE ACUSACAO CONTRA O PRESIDENTE DA REPUBLICA OU O GOVERNADOR DO ESTAO, NAO PODE, A LEI ORGÂNICA DO MUNICIPIO, INOVAR, PREVENDO MAIORIA SIMPLES. PROCEDENCIA PARCIAL DA AÇÃO PARA DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL DO INC-II, ART-57 DA LOM, SUPRIMINDO-SE O TRECHO ". PELO VOTO DA MAIORIA DOS PRESENTE." UNANIME. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. VALOR DA CAUSA. QUORUM PARA ADMISSAO DE ACUSACAO CONTRA O PREFEITO MUNICIPAL. PRELIMINAR DE INEPCIA DA INICIAL, A FALTA DE VALOR DA CAUSA. IRRELEVANCIA, EIS QUE NAO SE TRATA DE VALOR PATRIMONIAL. SE A CARTA MAGNA E A CONSTITUIÇÃO ESTADUAL PREVEEM QUORUM QUALIFICADO DE DOIS TERCOS PARA RECEBIMENTO DE ACUSACAO CONTRA O PRESIDENTE DA REPUBLICA OU O GOVERNADOR DO ESTAO, NAO PODE, A LEI ORGÂNICA DO MUNICIPIO, INOVAR, PREVENDO MAIORIA SIMPLES. PROCEDENCIA PARCIAL DA AÇÃO PARA DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE PARCIAL DO INC-II,

---

<sup>13</sup> Lei nº9.868/99, Art. 3º A petição indicará:

I - o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações;

II - o pedido, com suas especificações.

Parágrafo único. A petição inicial, acompanhada de instrumento de procuração, quando subscrita por advogado, será apresentada em duas vias, devendo conter cópias da lei ou do ato normativo impugnado e dos documentos necessários para comprovar a impugnação.

ART-57 DA LOM, SUPRIMINDO-SE O TRECHO "... PELO VOTO DA MAIORIA DOS PRESENTE." UNANIME.<sup>14</sup>

Há também a necessidade de indicar de maneira específica a norma que se pretende declarar como inconstitucional, mas não existe a obrigação de nomeação expressa dos artigos de lei que fundamentam a pretensão do autor (NEVES 2011, p.11).

Aqui também se observa a causa petendi aberta, não há necessidade de o tribunal vincular a sua fundamentação jurídica ao exposto pelo autor, podendo motivar sua decisão em fundamentos não arguidos na petição inicial.

Ainda no art. 3º da Lei 9.868/1999 encontra-se a necessidade de cópias anexas da lei ou do ato normativo impugnado e documentos necessários para comprovar a impugnação.

Há o prazo de dez dias para emenda da petição inicial, podendo ser alargado esse prazo pelo relator.

Acrescenta ainda NEVES (2011, p.15):

Quanto ao pedido de informações, o relator pedirá informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou ato normativo impugnado. Apesar do silêncio da lei, esse pedido se dará por meio da intimação pessoal do representante legal do órgão ou da autoridade.

Aduz o art. 6º, parágrafo único, da Lei 9.868/1999 que o prazo para a prestação dessas informações é de trinta dias, contados do recebimento do pedido, parecendo tratar-se de prazo impróprio, que, uma vez descumprido, não gera a preclusão temporal, de forma que se admite, após o transcurso do prazo, a prestação válida das informações.<sup>15</sup>

Aduz o art. 8º da Lei 9.868/1999 que, após as informações supra mencionadas, num prazo sucessivo de 15 dias, serão ouvidos o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República.<sup>16</sup> Para o Advogado-Geral da União caberá a defesa do ato ou do texto impugnado, já ao Procurador-Geral da República, por atuar como fiscal da lei, deverá elaborar um parecer com seu entendimento a respeito da alegada inconstitucionalidade. É claro, que se

---

<sup>14</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 596001057, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eliseu Gomes Torres, Julgado em 04/11/1996.

<sup>15</sup> Art. 6º O relator pedirá informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado.  
Parágrafo único. As informações serão prestadas no prazo de trinta dias contado do recebimento do pedido.

<sup>16</sup> Art. 8º Decorrido o prazo das informações, serão ouvidos, sucessivamente, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, que deverão manifestar-se, cada qual, no prazo de quinze dias.

o Procurador-Geral da República for o autor da ação, cobrar-se-á deste uma atuação manifesta de autor, com o pedido expresso de declaração de inconstitucionalidade.

Acrescenta ainda NEVES (2011, p.16):

De praxe entende-se que a ação direta de inconstitucionalidade deveria versar apenas sobre matéria de direito, porém o art. 9º da Lei 9.868/1999 prevê que, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria. Contudo, a análise probatória far-se-á sempre voltada aos fatos relativos ao processo legislativo, nunca em relação aos fatos constitutivos do direito do autor.

No que cabe à tutela de urgência, a Lei n.º9.868/1999 localiza a medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, regulando o procedimento para sua concessão nos arts. 10, 11 e 12. É interessante notar que, apesar de prever uma medida cautelar, a lei expressamente dispensa o ingresso de ação autônoma cautelar, cabendo ao autor elaborar seu pedido como tópico da petição inicial (NEVES, 2011, p.18).

Entretanto, contraria a nítida natureza de tutela antecipada, o Supremo Tribunal Federal entende que a concessão da medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade depende da presença no caso concreto dos tradicionais elementos cautelares do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*.

No que concerne ao procedimento, o relator intimará os órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo para que se pronunciem no prazo de cinco dias; após o transcurso desse prazo, ouvirá sucessivamente, no prazo de três dias, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República (NEVES, 2011, p.20)

Em regra, o pedido de tutela de urgência será analisado pelo Tribunal Pleno, somente sendo concedido por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, sendo, nos termos do art. 10, paragrafo 2º, da Lei n.º9.868/1999, facultada a sustentação oral dos representantes legais do requerente e das autoridades e órgãos responsáveis pela expedição do ato.<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> Lei n.º9.868/99, Art. 10. Salvo no período de recesso, a medida cautelar na ação direta será concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal, observado o disposto no art. 22, após a audiência dos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado, que deverão pronunciar-se no prazo de cinco dias.

§ 1º O relator, julgando indispensável, ouvirá o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, no prazo de três dias.

§ 2º No julgamento do pedido de medida cautelar, será facultada sustentação oral aos representantes judiciais do requerente e das autoridades ou órgãos responsáveis pela expedição do ato, na forma estabelecida no Regimento do Tribunal.

Quanto a decisão da ação direta de inconstitucionalidade, segundo a previsão dos arts. 22 e 23 da Lei n.º 9.868/1999, a prolação de decisão da ação direta de inconstitucionalidade depende da presença de ao menos oito ministros na sessão de julgamento, exigindo-se ainda que ao menos seis ministros se manifestem pelo acolhimento do pedido do autor.<sup>18</sup>

No art. 24 desta mesma Lei, encontra-se delineado o caráter de duplicidade das ações diretas de (in)constitucionalidade, pois toda ação declaratória é dúplice, não sendo diferente para ações de controle concentrado de constitucionalidade.

Também devidamente pontua NEVES (2011, p.25):

O acórdão da ação direta de inconstitucionalidade é irrecorrível, salvo pela permissão de ingresso de embargos de declaração, que vem sendo admitidos, ainda que exista expressa previsão de irrecorribilidade, mesmo sem qualquer ressalva, como a existente no art. 26 da Lei 9.868/1999. O mesmo dispositivo legal prevê que a decisão não poderá ser desconstituída após o trânsito em julgado por ação rescisória.

Proferido o acórdão, a decisão será comunicada a autoridade ou órgão responsável pela expedição do ato e num prazo de dez dias após o trânsito em julgado, será publicada a parte dispositiva da decisão. Como se admite o cabimento dos embargos de declaração contra esse acórdão, a informação prevista pelo art. 25 da Lei n.º 9.868/1999 deve ser realizada somente após a constatação de que não houve a interposição desse recurso ou após seu julgamento.<sup>19</sup>

As decisões monocráticas proferidas pelo relator e pelo presidente, com o poder delegado do órgão colegiado, são recorríveis por meio de agravo interno. A recorribilidade depende fundamentalmente da decisão ser monocrática ou colegiada, recorrível no primeiro caso e irrecorrível no segundo (NEVES, 2011, p. 28).

---

§ 3º Em caso de excepcional urgência, o Tribunal poderá deferir a medida cautelar sem a audiência dos órgãos ou das autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado.

<sup>18</sup> Lei n. 9868/99, Art. 22. A decisão sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo somente será tomada se presentes na sessão pelo menos oito Ministros.  
Art. 23. Efetuado o julgamento, proclamar-se-á a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da disposição ou da norma impugnada se num ou noutro sentido se tiverem manifestado pelo menos seis Ministros, quer se trate de ação direta de inconstitucionalidade ou de ação declaratória de constitucionalidade.

<sup>19</sup> Lei n. 9868/99, Art. 25. Julgada a ação, far-se-á a comunicação à autoridade ou ao órgão responsável pela expedição do ato.  
Art. 26. A decisão que declara a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo em ação direta ou em ação declaratória é irrecorrível, ressalvada a interposição de embargos declaratórios, não podendo, igualmente, ser objeto de ação rescisória.

### 1.5. Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC)

A ADECON foi criada para que o STF declarasse as leis julgadas inconstitucionais como constitucionais, tendo como finalidade, afastar a insegurança jurídica ou mesmo o estado de incerteza sobre a validade de lei ou ato normativo federal, preservando a ordem constitucional, isto é, modificar uma presunção relativa de constitucionalidade em absoluta (*jure et jure*), pois se julgada procedente a ação declaratória de constitucionalidade, tal decisão automaticamente vinculará os órgãos do Poder Judiciário e a Administração Pública.

Nessa linha de raciocínio, preleciona BARROSO(2006, p.203) o seguinte:

A finalidade da medida é muito clara: afastar a incerteza jurídica e estabelecer uma orientação homogênea na matéria. É certo que todos os operadores jurídicos lidam, ordinariamente, com a circunstância de que textos normativos se sujeitam a interpretações diversas e contrastantes. Por vezes, até câmaras ou turmas de um mesmo tribunal firmam linhas jurisprudenciais divergentes. Porém, em determinadas situações, pelo número de pessoas envolvidas ou pela sensibilidade social ou política da matéria, impõe-se, em nome da segurança jurídica, da isonomia ou de outras razões de interesse público primário, a pronta pacificação da controvérsia.

A ação declaratória de constitucionalidade, em sua maioria, tem uma proximidade muito grande com a ação direta de inconstitucionalidade no que se refere às suas características procedimentais, como alguns apontamentos especiais que lhe são cabíveis. No que tange o campo de abrangência ao cabimento da ação declaratória de constitucionalidade, comparada à ação direta de inconstitucionalidade, aquela apresenta um leque menor de alcance, pois se evidencia a sua arguição para atos normativos ou leis apenas federais. Portanto, temos a ação declaratória de constitucionalidade como função precípua à pacificação de interpretação de constitucionalidade de norma jurídica de forma direta perante o Supremo Tribunal Federal, já que algumas controvérsias de índole constitucional e de relevante interesse social, político e econômico, necessitam de soluções imediatas.

Começa-se a evidenciar, na Lei n.º 9.868/1999, a partir de seu art. 14, III, a especificidade deste tipo de ação constitucional, o que diferencia da ação direta de inconstitucionalidade.<sup>20</sup> Neste artigo, a lei explicita, que cabe ao autor indicar a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória.

---

<sup>20</sup> Lei n. 9.868/99, Art. 14. A petição inicial indicará:

I - o dispositivo da lei ou do ato normativo questionado e os fundamentos jurídicos do pedido;

II - o pedido, com suas especificações;

III - a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória.

Parágrafo único. A petição inicial, acompanhada de instrumento de procuração, quando subscrita por advogado, será apresentada em duas vias, devendo conter cópias do ato normativo questionado e dos documentos

Sobre controvérsia judicial pode-se dizer que é a norma ou ato que formará o objeto da ação declaratória de constitucionalidade já deve ter sido afastado como inconstitucional por órgãos jurisdicionais em controle incidental de constitucionalidade.

Assim comenta NEVES (2011, p.63):

Diante dessa realidade, o pedido não precisa necessariamente ser no sentido da declaração de constitucionalidade, mas meramente para que seja afastada a dúvida que impera em órgãos inferiores a respeito do tema. Mesmo nos casos onde se busca a inconstitucionalidade de um ato ou norma, mesmo aparentando, a primeira mão, parece muito mais lógico propor uma ação direta de inconstitucionalidade, pode-se propor também, para o mesmo caso, uma ação declaratória de constitucionalidade, justamente pelo caráter dúplice que essas ações apresentam. Dependendo da decisão, tanto numa ação como na outra, ter-se-á a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade do ato ou norma arguido. A própria doutrina, em sua maioria, tem afirmado e admitido que é muito pouco provável o julgamento dessa ação de forma isolada, sendo mais comum o julgamento em conjunto com uma ação direta de inconstitucionalidade.

Outra exigência que se faz na petição inicial é, que se faça cópias das decisões que deixaram de aplicar a norma por considerá-la inconstitucional. Naturalmente, que se existindo um número elevado de decisões nesse sentido, a razoabilidade indica ser suficiente a juntada das decisões mais bem fundamentadas, com a mera indicação das demais no próprio corpo da petição inicial. (NEVES, 2011, p.64)

Quanto ao rol de legitimados para propor a ação declaratória de constitucionalidade, não se tem de novidade em relação a ação direta de inconstitucionalidade, como já exposto anteriormente. Desde a Emenda Constitucional 45/2004 o mesmo rol do art. 103 da CF/88 se presta a regimentar tal legitimação para a propositura de qualquer ação de controle concentrado de constitucionalidade. Já o polo passivo, mesmo se entende aos casos de ação direta de inconstitucionalidade, não há réu nesses processos objetivos.

Acrescenta ainda NEVES (2011, p.65):

Quanto ao pronunciamento do Advogado-Geral da União, não havendo qualquer indicação de intimação, o entendimento recente é de que sua manifestação é dispensada, com o argumento de que, na ação declaratória de constitucionalidade, a norma não está sendo impugnada, pelo contrário, não havendo utilidade na atuação do Advogado-Geral da União.

Entretanto, pelo entendimento já exposto, a dispensa não deve ser prestigiada em razão da natureza dúplice da ação declaratória de constitucionalidade, cabendo ao Advogado-Geral da União realizar a defesa da norma ou ato normativo que, na hipótese de

improcedência do pedido formulado pelo autor, será declarado inconstitucional. Dessa forma, aplicável à ação ora analisada o previsto no art. 8º da Lei n.º9.868/1999, devendo o Advogado-Geral da União ser ouvido antes da Procuradoria-Geral da República.<sup>21</sup> Também não existe previsão expressa no sentido de manifestação dos órgãos e pessoas dos quais haja emanado a lei ou ato normativo cuja constitucionalidade se pretende declarar (NEVES, 2011, p.65). Mesmo com a omissão legislativa a respeito, e tomando-se por base a natureza dúplice da ação, entende-se aplicável por analogia o art. 6º da lei n.º9.868/1999, cabendo ao relator pedir informações desses sujeitos.<sup>22</sup>

Em sede de liminar, tem-se aceito, na ação declaratória de constitucionalidade, a solicitação de liminar, segundo o art. 21 da Lei 9.868/1999, observando que a natureza jurídica da tutela de urgência é cautelar, e não de tutela antecipada, como acontece na ação direta de inconstitucionalidade. A natureza cautelar dessa medida provem do efeito gerado por sua concessão: a interrupção dos processos nos quais se debate incidentalmente a lei ou ato normativo arguido como forma de barrar o estado de insegurança gerado pela incerteza jurídica a respeito da constitucionalidade (NEVES, 2011, p.65).

Neste caso, a tutela cautelar é ampla, geral e irrestrita, significando que a parte que dela necessite deve apenas apresentar o preenchimento do *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* no caso concreto para aceitá-la.

Poder geral de cautela apresenta-se como o generalizado poder estatal de não permitir no caso concreto que o tempo necessário para a concessão da tutela definitiva provoque a sua ineficácia (NEVES, 2011, p.66).

Quanto as decisões, o mesmo entendimento exposto nas ações diretas de inconstitucionalidades, aqui se aplicam a respeito do caráter dúplice dessas ações. Dessa forma diante de um pedido de declaração de constitucionalidade, o acolhimento do pedido declarará a norma constitucional e sua rejeição significará a declaração de sua inconstitucionalidade.

A procedência do pedido apenas afirma o estado natural da norma, aprovando com certeza jurídica a constitucionalidade que já se presumia haver.

---

<sup>21</sup> Lei n.º9.868/99, Art. 8º Decorrido o prazo das informações, serão ouvidos, sucessivamente, o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República, que deverão manifestar-se, cada qual, no prazo de quinze dias.

<sup>22</sup> Lei n.º9.868/99, Art. 6º O relator pedirá informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado.  
Parágrafo único. As informações serão prestadas no prazo de trinta dias contado do recebimento do pedido.

### 1.6. Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF)

Atualmente a Lei n.º9.882/1999 regulamenta o procedimento da arguição do descumprimento de preceito fundamental, ainda que diversos dispositivos estejam pendentes de julgamento de constitucionalidade em razão de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (STF, ADI 2.231-DF).

A arguição de descumprimento de preceito fundamental aparece no ordenamento jurídico brasileiro com a CF/88, precipuamente no parágrafo único do art. 102 e, cinco anos mais tarde, em razão da Emenda Constitucional 3/1993, passa a inferir do mesmo dispositivo legal, mas em seu parágrafo 1º, tendo sido preservada a redação original. Segundo a CF/88: “a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei”.<sup>23</sup>

Nas sabias palavras de NEVES (2011, p.71):

Não há dúvida que a arguição de descumprimento de preceito fundamento é uma inovação das mais salutares em nosso sistema de controle de constitucionalidade, e se devidamente potencializada e aplicada, tende a configurar instrumento de capital importância para o aperfeiçoamento do modelo atualmente existente.

E é dessa forma otimista que o ilustre Ministro do STF Gilmar Ferreira Mendes vê o instituto (1999, p.06, [www.revistajuridica.presidencia.gov.br](http://www.revistajuridica.presidencia.gov.br)):

O novo instituto, sem dúvida, introduz profundas alterações no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. Em primeiro lugar, porque permite a antecipação de decisões sobre controvérsias constitucionais relevantes, evitando que elas venham a ter um desfecho definitivo após longos anos, quando muitas situações já se consolidaram ao arrepio da “interpretação autêntica” do Supremo Tribunal Federal. Em segundo lugar, porque poderá ser utilizado para – de forma definitiva e com eficácia geral – solver controvérsia relevante sobre a legitimidade do direito ordinário pré-constitucional em face da nova Constituição que, até o momento, somente poderia ser veiculada mediante a utilização do recurso extraordinário. Em terceiro, porque as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nesses processos, haja vista a eficácia erga omnes e o efeito vinculante, fornecerão a diretriz segura para o juízo sobre a legitimidade ou a ilegitimidade de atos de teor idêntico, editados pelas diversas entidades municipais. A solução oferecida pela nova lei é superior a uma outra alternativa oferecida, que consistiria no reconhecimento da competência dos Tribunais de Justiça para apreciar, em ação direta de inconstitucionalidade, a legitimidade de leis ou atos normativos municipais

---

<sup>23</sup> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: § 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. (Transformado do parágrafo único em § 1º pela Emenda Constitucional nº 3, de 17/03/93)



em face da Constituição Federal. Além de ensejar múltiplas e variadas interpretações, essa solução acabaria por agravar a crise do Supremo Tribunal Federal, com a multiplicação de recursos extraordinários interpostos contra as decisões proferidas pelas diferentes Cortes estaduais. O bom observador poderá perceber que o novo instituto contém um enorme potencial de aperfeiçoamento do sistema pátrio de controle de constitucionalidade.

Primeiramente, antes de determinar-se quais as espécies de preceitos constitucionais que podem ser tutelados por meio dessa forma de controle concentrado, deve-se identificar quais são esses preceitos.

Preceito constitucional é toda norma constitucional abrangente de regras e princípios, daí falar-se em norma-regra e norma-princípio ou preceito-regra e preceito-princípio. Há doutrina que defende a possibilidade de proteção de preceito que não esteja expressamente consagrado na CF/88, numa espécie decorrência indireta do texto constitucional.

É possível, portanto, criar uma ordem de valores entre eles, destinando a proteção por determinada forma especial de controle concentrado somente àqueles que estejam ligados a valores considerados mais relevantes. Trata-se de regras essenciais à conformação e organização do Estado e referentes aos direitos fundamentais e valores supremos da sociedade.

Diz Alexandre de Moraes (2001, p.17) que: “os preceitos fundamentais englobam os direitos e garantias fundamentais da Constituição, bem como os fundamentos e objetivos fundamentais da República, de forma a consagrar maior efetividade às previsões constitucionais.”

Segundo André Ramos Tavares (2001 p.53), “são preceitos fundamentais aqueles que conformam a essência de um conjunto normativo-constitucional, conferindo-lhe identidade, exteriorizando o sustentáculo da própria Constituição.” Seriam, portanto, os “valores superiores” da Constituição.

Como a escolha do legislador constitucional e do infraconstitucional (Lei n.º9.882/1999) foi a previsão de conceito jurídico indeterminado, sem direcionar com maior precisão quais seriam os preceitos fundamentais da CF/88, cabendo a doutrina moldar as regras que têm tamanho relevo a ponto de merecer sua tutela por meio da arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Nas palavras de Neves (2011, p.71):

O irrisório número de arguições já decididas em seu mérito pelo Supremo Tribunal Federal dificulta a percepção do Judiciário a respeito dos contornos do que seja efetivamente preceito fundamental, ainda que das decisões terminativas seja possível projetar qual a relevância do preceito que o tribunal exige para a admissão da forma de controle de constitucionalidade analisada.

Portanto cabe ao Supremo Tribunal Federal determinar quais são os preceitos fundamentais, já tendo indicado como regras dessa espécie os direitos e garantias individuais, os princípios constitucionais sensíveis e as cláusulas pétreas.

No que tange o objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do art. 1º, *caput*, da Lei 9.882/1999, terá como objeto evitar ou reparar lesão resultante de ato do Poder Público. Aqui há uma grande crítica referente a exclusão de mecanismo de proteção aos direitos fundamentais em face de atos privados, deixando de prever o cabimento da arguição de descumprimento também diante de atos privados.

Ainda que não conste expressamente do texto legal, parecem tranquilas a doutrina e a jurisprudência no sentido da admissão da arguição tanto quando um ato como uma omissão ameçaarem violar ou violarem um preceito fundamental.

Por expressa previsão legal (art. 1º, parágrafo único, I, da lei n.º 9.882/1999)<sup>24</sup>, não se discute que as leis e atos normativos que podem ofender ou ameaçar um preceito fundamental sejam federais, estaduais e inclusive municipais, bem como anteriores à atual Constituição Federal, numa clara demonstração da maior amplitude do objeto tutelável por meio da arguição de descumprimento, quando comparada com as ações de controle concentrado.

Assim observa também NEVES (2011, p.72):

No tocante aos atos normativos, parece ser mais amplo o alcance da arguição do que o da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, admitindo-se o controle tanto de atos normativos legais quanto de atos normativos infralegais ou secundários, tais como decretos, portarias, instruções, pareceres normativos.

[...]

Não se admite arguição de descumprimento de preceito fundamental contra projetos de lei ou de emendas constitucionais e contra atos de regimento interno das casas legislativas.

---

<sup>24</sup> Lei n.º 9.882/99, Art. 1º A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental:

I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição; (Vide ADIN 2.231-8, de 2000)

[...]

Não obstante, subsistiu um espaço residual expressivo para o controle difuso relativo às matérias não suscetíveis de exame no controle concentrado, tais como interpretação direta de cláusulas constitucionais sobre normas revogadas, controle de constitucionalidade do direito municipal em face da Constituição.

Como clássico instrumento de controle concentrado de constitucionalidade, a ADPF tanto pode dar ensejo à impugnação ou questionamento direto de lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, como pode acarretar uma provocação a partir de situações concretas, que levem à impugnação de lei ou ato normativo. No que trata-se o controle difuso de lides concretas, o caráter incidental destas ações, como no Direito europeu, pode levar a interrupção dos processos em que a controvérsia constitucional foi arguida e direcionamento da questão prejudicial à Corte Constitucional (NEVES, 2011, p.76).

Desde a aprovação da Lei n.º 9.882/1999 até agosto de 2014 foram propostas perante o STF, 325 ADPFs.

A primeira ADPF admitida pelo Tribunal foi a de n.º 4, na qual se procurava evitar lesão a preceito fundamental e dirimir controvérsias sobre ato normativo efetivado pelo Presidente da República quando da fixação do salário mínimo por meio da MP n. 2.019, de 20/4/2000. Como se pode observar da ementa abaixo (STF - ADPF: 4 DF, Relator: Min. ELLEN GRACIE):

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.019-1 QUE "DISPÕE SOBRE O SALÁRIO MÍNIMO A VIGORAR A PARTIR DE 3 DE ABRIL DE 2000.

Quanto a legitimidade para arguir o descumprimento de preceito fundamental, nos termos da Lei n.º 9.882/1999, podem propor a arguição todos os legitimados para ação direta de inconstitucionalidade (CF/88, art. 103).<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> Constituição Federal/1988, Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) V o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. § 1º O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal. § 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. § 3º Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.

Não há dúvida de que, na ausência de mecanismo específico, poderá o cidadão representar ao Procurador-Geral da República. Este não está obrigado, porém, a encaminhar o pedido formulado.

Observa-se que está em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei n.º 6.543/2006 da Comissão Especial Mista, Regulamentação da Emenda n.º 45, que visa a alterar a Lei n.º 9.882/1999, com vistas a possibilitar a propositura de arguição de descumprimento de preceito fundamental às pessoas lesadas ou ameaçadas de lesão por ato do Poder público.<sup>26</sup>

Quanto a capacidade postulatória, dispõem a própria norma constitucional, estão autorizados a postular em juízo, as mesmas autoridades e entidades da ação direta de inconstitucionalidade, quaisquer atos ordinariamente privativos de advogado. Assim, com exceção das confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional e dos partidos políticos, pode-se afirmar que todos os demais legitimados para a ADPF dispõem de capacidade postulatória especial.

### 1.7. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO)

Do que se depreende do art. 103, parágrafo 2º, da CF/88, é cabível ação direta de inconstitucionalidade por omissão, aceitando-se que o STF ao declarar a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, dê ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias ou, tratando-se de órgão administrativo, para fazê-lo em 30 dias.<sup>27</sup>

O legislador originário preocupou-se com a omissão como conduta passível de indisponibilizar o exercício de direitos e garantias constitucionais de dois modos distintos. O mandado de injunção, que aceita em concreto a tutela mediante a ausência de norma

---

<sup>26</sup>**Autor:** Comissão Especial destinada a efetuar estudo em relação às matérias em tramitação na casa, cujo tema abranja a Reforma do Judiciário. , Comissão especial Mista "Regulamentação da emenda 45"

**Apresentação:** 24/01/2006

**Ementa:** Altera a Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, para legitimar, para a propositura de arguição de descumprimento de preceito fundamental, **as pessoas lesadas ou ameaçadas de lesão por ato do Poder Público**, e dá outras providências. (grifo meu)

<sup>27</sup>Constituição Federal/1988, Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) § 2º Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.

regulamentadora, diante de pedido a ser formulado pelo sujeito detentor do direito constitucional paralisado em razão de injusta omissão. De outra forma, permitiu que a tutela frente a omissão se desse abstratamente, mediante pedido dos legitimados pelo art. 103 da CF, em nítida ampliação do objeto do processo objetivo.

No entendimento de NEVES (2011, p.58):

A ação direta de inconstitucionalidade tem um só procedimento, sendo que, na hipótese de omissão, há algumas poucas particularidades dignas de nota. Segundo a melhor doutrina, a omissão inconstitucional pode se dar no âmbito dos três Poderes, tendo natureza normativa, político-administrativa e judicial, mas somente no primeiro caso caberá ação direta de inconstitucionalidade, já que, no tocante às omissões de natureza político-administrativa, existem remédios jurídicos tais como o mandado de segurança e a ação civil pública, enquanto, para as omissões judiciais, há os recursos.

Desenvolvendo um raciocínio a partir de que a omissão pode decorrer tanto de inércia quanto de atuação deficitária ou insuficiente, preceitua-se em omissão total e omissão parcial, respectivamente. A omissão total é facilmente inteligível, proveniente da ausência de lei, enquanto a omissão parcial é partida em duas espécies: (a) parcial propriamente dita, quando a norma, existente, não vence atender a ordem constitucional em razão da carência ou problemas em seu texto; (b) relativa, quando a norma regulamenta a ordem constitucional apenas para especificamente determinada categoria, o que obsta a isonomia pelo detrimento de outras categorias não atendidas pela lei infraconstitucional (NEVES, 2011, p.56).

Quanto a legitimidade passiva, aqui difere da ação direta de inconstitucionalidade, que como o exposto anteriormente, é uma ação atípica, ação sem réu, na qual a relação jurídica processual é tão somente linear, formada pelo autor, que atuará com legitimação extraordinária e o juízo, no caso o Supremo Tribunal Federal.

A respeito da legitimidade passiva, preceitua NEVES (2011, p.57):

Ocorre, entretanto, que, na ação direta de inconstitucionalidade por omissão, entende-se diferente, na eventual procedência do pedido do autor, a pessoa ou órgão responsabilizado pela omissão será chamado a atuar, ou seja, será a ele imputada uma prestação de fazer. O caráter mandamental da decisão, que não se limitará a declarar a inconstitucionalidade, sucessivamente a isso ordenando que ato normativo seja praticado, parece ser o suficiente para colocar a pessoa ou órgão responsável pela prática do ato no polo passivo da demanda judicial.

Quanto aos aspectos procedimentais, como já exposto anteriormente, não há particularidades procedimentais que a diferencie da ação direta de inconstitucionalidade, esta regida pela Lei nº9.868/1999.

Faz-se um parêntese para a redação do art.3º da Lei n.º9.868/1999, que foi claramente redigida para a ação direta de inconstitucionalidade, neste caso, necessitando a devida conformação à ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Destarte, o inciso I do dispositivo legal supracitado exige do autor ao apontamento da norma constitucional que não tem efetividade em razão da omissão, que também precisa ser justificada como inconstitucional. O inciso II, por sua vez, não é aconselhável se restringir ao pedido de declaração de inconstitucionalidade, havendo de ser também feito o pedido no sentido de o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade, ordenar que o Poder ou órgão administrativo sane a lacuna administrativa, ainda que esse pedido possa ser considerado implícito no pedido de declaração de inconstitucionalidade.<sup>28</sup>

Em que pese a oitiva do Advogado-Geral da União, nos termos do art. 8º da Lei 9.868/1999, só será exigida na omissão parcial, considerando-se que na omissão total não haverá ato a ser defendido.

Nesta senda corrobora NEVES (2011, p.58) a respeito da medida cautelar nas ADINs por omissão:

Quando a medida cautelar, é corrente o entendimento pelo não cabimento da medida cautelar prevista para a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. O entendimento do Supremo Tribunal Federal é de que não cabe a ele tomar providências concretas para sanar a omissão legislativa, muito menos se poderia admitir em sede de tutela de urgência. O que se poderia pensar, nesta situação é que seria cabível a concessão de liminar para ordenar a prática do ato ao órgão relapso, exatamente como faria com a concessão definitiva do pedido do autor. O problema é que a providência exigida em sede liminar teria natureza constitutiva, o que é inviável em sede de tutela provisória de urgência, em que pese, aqui ser mais uma exigência de cobrança que efetivamente alteraria a situação fática, do que propriamente antecipação dos efeitos da tutela constitutiva.

Se o pedido for procedente na ação direta de inconstitucionalidade por omissão seu conteúdo será diverso, se o responsável pela omissão for o poder competente para a edição da norma ou o órgão administrativo. Na primeira hipótese, o texto constitucional limita a atuação do Supremo Tribunal Federal a dar ciência da omissão, sem qualquer ordem para que a conduta ativa seja adotada, e tampouco prevê a determinação de um prazo para que isso

---

<sup>28</sup> Lei n.º9.868/99, Art. 3º A petição indicará: I - o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações; II - o pedido, com suas especificações. Parágrafo único. A petição inicial, acompanhada de instrumento de procuração, quando subscrita por advogado, será apresentada em duas vias, devendo conter cópias da lei ou do ato normativo impugnado e dos documentos necessários para comprovar a impugnação.

ocorra. Na segunda situação, o texto é objetivo ao designar a competência para o Supremo Tribunal Federal dar ciência da inconstitucionalidade da omissão, como também para ordenar que seja sanada no prazo de 30 dias. Contra órgão administrativo, a adoção dessas medidas é possível, mas dificilmente se consegue imaginar sua adoção contra outros Poderes, respeitando o princípio da independência dos Poderes. (NEVES, 2011, p.59)

Nesta trilha, é o esclarecimento do Supremo Tribunal Federal, que entende sua atuação na procedência do pedido na ação direta de inconstitucionalidade por omissão deve se limitar a mera ciência do Poder competente para que supra a omissão.

## **CAPÍTULO 2 - Analisar o arcabouço legislativo que regulamenta o uso das praias e costa marítima brasileira e os direitos fundamentais envolvidos com a interdição das praias do município de Florianópolis pelo artigo 5º e seu parágrafo 1º, da Lei Ordinária Municipal de n.º4.601/95.**

### **2.1. Uso das praias e o direito marítimo**

Nos últimos anos, especialmente na cidade de Florianópolis, tem-se discutido muito o uso por particulares da área denominada de "praia", tida como bem de uso comum do povo, e, por desígnio constitucional, de propriedade da União.

Vetustamente, as praias sempre foram designadas de "bens de uso comum do povo", compreendendo-se como tal todos os bens inapropriáveis e inalienáveis, existentes no território do país, cuja utilização não pode ser cerceada de forma alguma, sendo passível de fruição por qualquer pessoa do povo. Rosita de Sousa Santos (1985, p.03) anuncia, em sua obra "Terrenos de Marinha" (Rio de Janeiro, Forense, 1985), que "o conceito de praia, trazido pelos descobridores, nos vem do Direito Romano". E preceitua: "Praia é ainda o fundo do mar, parte arenosa, que o mar cobre e descobre com o fluxo e o refluxo das águas". E cita ainda Clóvis Beviláqua, que explica a definição das institutas: "É o terreno que o mar cobre nas suas maiores enchentes..." (1985, p.04).

Clóvis Beviláqua, mencionado ainda por Rosita de Sousa Santos (1985, p.04), lecionava ainda que "as leis romanas indicavam as praias como coisas comuns a todos (*res communis omnium*), permitindo, aliás, que ali se fizessem construções, mas além da praia, começavam as terras sem a particularização da faixa intermédia existente no direito pátrio". Beviláqua apontava ainda que a Ordem Regia de 1 de setembro de 1726, do Reino de Portugal, proibia expressamente que alguém construísse nas praias, o demonstra que a natureza jurídica desse bem público teve, certamente, origem no Direito Português. Nessa senda, indica-se a Ordem Régia de 10 de setembro de 1726 e o Aviso, de 10 de novembro de 1818, que declamava que "15 braças da linha d'água do mar, e pela sua borda, são reservadas para servidão pública" (1985, p.05).

Observa-se que a destinação das "praias" para o uso comum do povo não é recente, e vem de um processo de construção histórica do instituto, notadamente sob influência do Direito Português e também das condições geográficas do litoral brasileiro, em face de sua grande extensão. Trata-se, pois, de fronteira natural do País, e tal como toda e qualquer zona de fronteira é região de segurança do Estado. Como preceitua MENEZES (09, p.486,



www.jus.com.br), "As marinhas sempre tiveram um tratamento diferenciado das demais terras do Estado, em face da sua localização estratégica, uma interface com o mar".

Hodiernamente a Constituição Federal expõe, no artigo 20, inciso VII, que são bens da União os terrenos de marinha e seus acrescidos, e no inciso IV, as praias marítimas, de modo que não há dúvida quanto à natureza jurídica das praias no atual regime constitucional: são bens titularizados pela União, mas que, em verdade, são de fruição universal, e não restrita, bens de uso comum do povo: "Art. 20. São bens da União: VI - o mar territorial; VII - os terrenos de marinha e seus acrescidos;"<sup>29</sup>

## 2.2. Uso dos bens públicos

O uso dos bens públicos poderá ser feito diretamente pela administração ou através de particular, tal uso, no entanto, varia conforme o "interesse" de cada administrador. Se eleger pela não aplicação direta, terá em regra três faculdades jurídicas que poderão ser aproveitadas para conceder ao particular o uso desses bens, a autorização, a permissão e a concessão.

Como bem entende CRETELLA (2000, p.805):

É de se notar, que a existência do Estado tem características de metafisicidade, ou seja, não se pode tocar ou sentir o Estado, apenas as suas atividades é que são mensuráveis, pois o Estado é ente incorpóreo. Sabe-se, contudo, que este existe apenas porque pratica atos que a ele foram destinados conforme está na Constituição e nas leis. Sendo assim, o que faz o administrado concluir pela presença do Estado, são exatamente o seu grupo de bens, que caracterizam o seu domínio público e a atividade dos seus agentes públicos.

Apreende-se também que tais bens que designam o Estado são pertencentes a toda a coletividade. Deste modo, devem ser cobertos de proteções que lhe são particulares, tais como a inalienabilidade, imprescritibilidade, impenhorabilidade. Por isso ficam qualificados e protegidos das dissidências de maus administradores. Não é sem razão que os bens públicos necessitam ter regime jurídico especial, pois é mister que o Estado tenha conjuntura materiais para prestar serviços públicos que lhes são próprios. Para tal, necessita ter bens que não serão suprimidos de sua propriedade a não ser por seu próprio interesse.

Em nosso país há uma grande divisão dos bens, como explana a eminente doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2004, p. 579-580): "Os particulares e os bens

---

<sup>29</sup>Constituição Federal/1988, Art. 20. São bens da União: IV as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as que contenham a sede de Municípios, exceto aquelas áreas afetadas ao serviço público e a unidade ambiental federal, e as referidas no art. 26, II; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 46, de 2005) VI - o mar territorial;

públicos. Estes, dividem-se ainda em bens de domínio público do Estado (de uso comum e especial) e bens de domínio privado do Estado (bens dominiais)”.

Entende MELLO (2010, p.816):

O bem de uso comum está afetado por sua própria natureza ou por lei, a uma utilização indistinta de todos os administrados, independente de qualquer ato administrativo que o anteceda. Sendo assim, a própria natureza dos bens públicos de uso comum, expressam o significado de serem bens que podem ser utilizados por todos concorrentemente, sendo necessário que a utilização do bem não prejudique os outros administrados. Ser utilizado de maneira igualitária por todos os administrados concorrentemente, sem danos aos demais, é que configura o bem como sendo de uso comum.

Os bens de uso comum têm afetação principal, podendo ser primária ou secundária, que se altera conforme a qualidade do bem. Sendo assim, o uso do bem poderá ser feito dentro da sua destinação própria ou ainda numa atividade que escape da sua atribuição principal. O uso pelos administrados dentro das atribuições principais é segundo MELLO (2010, p.817), “chamado de uso comum, enquanto que, quando os bens comuns são utilizados de maneira distinta das suas principais atribuições seu uso será especial”. A professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2004, p.600) prefere chamar este uso que é feito fora das atribuições normais, de uso privativo de bem de uso comum.

Os bens dominiais têm natureza diversa dos dois anteriores. Não está afetado à prestação de nenhuma atividade pública. Alude-se, as ruas, como bem comum, que estão afetadas ao uso indistinto e concorrenciais de todos os administrados e tem como atributo principal ou primário a locomoção de automóveis e pessoas. Já o prédio onde opera uma escola pública tem natureza especial, pois o bem onde está estabelecida a escola está afetado à prestação de um serviço público fundamental que é o ensino ou educação. No que tange os bens dominiais, estes não tem afetação alguma e se encontram no patrimônio privado da administração, são exemplos de bens dominiais áreas deixadas obrigatoriamente à administração pública quando da construção de loteamentos abertos ou fechados.

Tem natureza de Direito Privado, e como bem explica DI PIETRO (2005, p.579) “podem ser aplicados pelo Poder Público para a obtenção de renda”, ou seja, podem ser vendidos ou ainda sofrerem influência de institutos do Direito Privado.

Quanto ao uso dos bens públicos por particulares, apresenta-se a seguinte classificação: a autorização é ato administrativo unilateral, que permite ao particular utilizar bem público. A autorização de uso do bem é eivado de natureza extremamente precária, o que permite a administração, a qualquer momento, revogar o ato sem qualquer necessidade de indenização ao particular.

Já a permissão também é ato administrativo unilateral, apropriado para utilizar bem público em favor do administrado, independentemente de sua natureza pública ser de uso comum, especial ou dominial.

Assim como a autorização é ato unilateral e precário. O administrado contemplado com a permissão de uso sabe que poderá perdê-la a qualquer momento por ato unilateral da administração. Poderá, discricionariamente, ser revogado tendo como fundamento o interesse Público, sem com isso ter de indenizar o administrado permissionário.

A concessão é dos meios de cessão de uso do bem público ao particular, é, dentre as formas existentes, a que mais dá garantia ao administrado. Não se trata de um ato unilateral. Será sempre precedido por licitação. Garante ao administrado direito de restituição caso a administração não cumpra o contrato.

Se o bem for o de uso comum, se pode identificar a necessidade de utilização de um instituto que tenha como característica a precariedade, pois os bens de uso comum não podem sobrecarregar-se com destinação diferente daquela que lhe é a principal, qual seja, a de uso comum do povo.

### **2.3. Direito fundamental à locomoção**

A liberdade é específica ao homem, ela é anterior à Sociedade, ao Direito e ao Estado. Ela foi idealizada ao homem desde a sua formação. A liberdade é inseparável à natureza humana. O Estado a reconhece, a regula e restringe seu uso pelo homem.

DA SILVA (2002, p.232) aduz que liberdade consiste na “possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal”.

Para Montesquieu (apud CHEVALIER, 1998, p.139), a liberdade consiste em poder fazer o que as leis permitem, a liberdade da Constituição é fundamento da liberdade do cidadão, em suas próprias palavras: “A liberdade é o direito de fazer tudo quanto as leis permitem; e, se um cidadão pudesse fazer o que elas proíbem, não mais teria liberdade, porque os outros teriam idêntico poder.”

O homem ao escolher viver em uma sociedade politicamente organizada teve a indispensabilidade de aprender a harmonizar a sua liberdade individual à regulamentação da Liberdade. Rousseau (apud CHEVALIER, 1998, p.166), sustenta esta conciliação através do

pacto social de forma a que “cada um de nós coloca em comum a sua pessoa e todo o seu poder sobre a suprema direção da vontade geral, e nós recebemos em corpo cada membro como parte indivisível do todo”.

Torna-se perigosa esta afirmação se não for respeitada a liberdade interior. RABELLO (1987, p.6) advoga que “as restrições ou limitações existentes são ditadas apenas por força de superiores razões de capacidade e estados político, familiar ou individual, reconhecida e assegurada, porém, em qualquer circunstância, a liberdade interior”.

Como aduz CORREA (1995, p.17), primeiro controle jurisdicional prisional foi com o Estatuto da Paz, Carta editada pelo Rei Luiz VI, o Gordo (1108-1137), de França, em que dizia: “Ninguém poderá prender qualquer pessoa, livre ou serva, sem a intervenção do juiz; se este não aparecer, o indiciado réu poderá ser detido até ele chegar ou conduzido à sua casa”.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948 em seu art. 1º expressa a liberdade ao ratificar que todos homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos, ainda o art. 3º diz que todo homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

RUIZ (2006, p. 145) em imanente artigo científico pontua:

No Brasil podemos indicar o marco inicial desta busca à liberdade o ano de 1789, a partir da Inconfidência Mineira, pois se clamava um forte grito de liberdade contra o despotismo da Metrópole e em seguida explodia na Inconfidência Baiana, de 1798. Após a Independência, a primeira Carta Constitucional, de 1824, em seu Título VIII, rezava sobre as garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros e tinha por fundamento a liberdade. O inc. VIII, do art. 179, constava que ninguém poderia ser preso sem culpa formada, sem ordem escrita de autoridade e ao juiz era obrigado contar ao réu o motivo de sua prisão, o nome do acusador e suas testemunhas, salvo nos casos de flagrante delito (inc. X, art. 179). E o Código de Processo Penal de 1832 trouxe o habeas corpus.

Ao cedermos o quinhão de nossa liberdade quando decidimos viver em sociedade, legitimamos que o Estado administre as possíveis usurpações destas liberdades. Eis que aparece o Direito munido de suas sanções, pois de outra forma o Estado seria inoperante.

Na esteira da liberdade, a concepção de maior valor é a noção de liberdade oposta ao cativeiro. Ou seja, a liberdade da pessoa física que é antagônica ao estado de escravidão e prisão ou qualquer empecilho à locomoção pessoal.

Afonso da Silva (2014, p.236-239) distingue a liberdade física em liberdade de locomoção e liberdade de circulação. Liberdade de locomoção é o direito de ir e vir, ficar, permanecer, sendo desnecessária a autorização, podendo locomover livremente sem que privem este direito. Por seu turno, o direito de circulação é a “manifestação característica da liberdade de locomoção: direito de ir, vir, ficar estacionar [...] na faculdade de deslocar-se de um ponto a outro através de uma via pública ou afetada ao uso público”.

Atualmente é indiscutível que o habeas corpus também seja o remédio hábil para combater prisão decretada de forma ilegítima ou por abuso de poder. Toda e qualquer coação infundada sobre a liberdade de locomoção do indivíduo é passível de ser combatida com este remédio constitucional. O jurista MARMITT (1989, p.47) ao expressar sobre a natureza do habeas corpus assevera que a mesma “não varia quanto à sua incidência no cível ou no crime. Sua habilidade e eficácia para desconstituir decisões criminais, valerá também para a obtenção do mesmo efeito relativamente às decisões prolatadas na esfera cível”.

Com seu indubitável caráter de direito fundamental, a liberdade de locomoção encontra-se consagrada, no ordenamento jurídico brasileiro, no art. 5º, XV, da Constituição, que assim dispõe: “É livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”. Afora esse dispositivo, há outros artigos constitucionais que a tutelam, também, ainda que indiretamente, a exemplo do art. 5º, LXI, que veda a prisão ilegal.<sup>30</sup>

Como deflui do próprio texto constitucional, o direito à liberdade de ir e vir não é absoluto, tendo em vista que está sujeito às limitações contidas no próprio dispositivo assecuratório, que se reporta à lei regulamentadora. O exercício da liberdade pode ser pleno e incondicional, mas não é absoluto, pois comporta restrições. Essas restrições, mesmo quando não forem explicitadas em determinado dispositivo garantidor da liberdade, são decorrentes do sistema adotado pela Constituição Federal, que, em seu Título II (que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais), dá ênfase à lei (inciso II), à licitude dos fins (inciso XVIII), à garantia da apreciação pelo Judiciário de toda a lesão ou ameaça a direito (inciso XXXV), ao devido processo legal (inciso LIV), à garantia do contraditório e da ampla defesa (inciso LV), que deverão ser considerados no exercício dos direitos assegurados pela Carta Política. Não

---

<sup>30</sup> CF/88, art.5º, LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

será demais destacar que o próprio direito à vida, que é, sem dúvida, o supremo bem, não é garantido de forma absoluta, porque a proibição à pena de morte está excepcionada na letra a do inciso XLVII do art. 5º da Carta Política, no caso de guerra declarada.

Como acertadamente aduz a Promotora de Justiça do Estado da Paraíba, SILVA(ano 13, n. 1708, site jus.com.br):

Como direito fundamental, a liberdade de locomoção possui as características típicas dessa natureza de direito, tais como: a universalidade, a indivisibilidade, a complementaridade, a interdependência e a imprescritibilidade. Apresenta, de igual modo, força normativa que atinge tanto o Estado, informando suas atividades políticas, administrativas, judiciais e legislativas, como os particulares, através da eficácia horizontal dos direitos fundamentais (Drittwirkung).

Por outro lado, assim como todos os direitos, o direito fundamental à liberdade de locomoção não é um direito ilimitado, sendo passível de restrições, de limitações. Com efeito, em certas circunstâncias, a própria Constituição autoriza a restrição ao direito de liberdade de locomoção, quer de forma imediata (restrições previstas diretamente no corpo constitucional), quer de forma mediata (restrições realizadas através de autorização expressa ou tácita da Constituição ao legislador ordinário), independentemente de haver ou não tempo de guerra.

Nesse contexto, é certo que as leis restritivas do direito à liberdade de locomoção, bem como as que venham restringir qualquer outro direito fundamental, devem respeitar o "limite dos limites", que é a observância ao princípio da não-retroatividade, da generalidade, da abstração e da proporcionalidade, em seu triplo aspecto (adequação, necessidade e razoabilidade).

J. Cretella Júnior (2000, p.147) destaca que:

A locomoção apresenta quatro aspectos: um neutro, o direito de permanecer; três positivos, direito de deslocamento, a pé ou por veículos dentro do território nacional, o de sair e o de entrar no território nacional. É o chamado direito de ir e vir. Essa regra constitucional aplica-se tanto aos brasileiros (natos ou naturalizados) como aos estrangeiros, para esses sendo exigido, para circular em território nacional, passaporte, que é um documento de identificação para efeito internacional, a que o brasileiro tem direito de obter, a fim de poder circular por países estrangeiros que o exigirem. Os estrangeiros radicados no país podem circular sem passaporte, desde que munidos de documento especial fornecido pelas autoridades brasileiras.

O direito de ir e vir, como todos os direitos, tem, inicialmente, como limite natural o direito do outro. Não pode alguém, com base no direito de ir e vir e permanecer, por exemplo, obstar à passagem de quem também esteja exercendo sua liberdade de circulação. Além desse limite natural, indispensável à convivência social pacífica, está esse direito limitado pela lei, consoante o que dispõe o dispositivo constitucional que o assegura.

## 2.4. Direito fundamental social ao trabalho

O Direito ao Trabalho e Renda é parte dos chamados direitos econômicos e sociais. Por ter como base a igualdade, o direito ao trabalho prevê que todas as pessoas têm direito de ganhar a vida por meio de um trabalho livremente escolhido, de possuir condições equitativas e satisfatórias de trabalho e renda e de ser protegida em caso de desemprego.

No Brasil, a Constituição de 1988, no artigo 6º, reconhece o trabalho enquanto um direito e do artigo 7º ao 11º estão prescritos os principais direitos para os trabalhadores que atuam sob as leis brasileiras. Além da Constituição, a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) regulamenta também as relações de trabalho no Brasil.

Pela Constituição brasileira, não só o direito ao trabalho, mas a um salário que garanta a subsistência do trabalhador e de sua família é uma obrigação que deve ser garantida pelo Estado. Contudo, apesar de ser constitucionalmente garantido, na prática, tanto o direito ao trabalho como o direito à renda são muitas vezes violados e não são raros os casos de desemprego, salários injustos, trabalho sem férias ou repouso, em condições inadequadas etc.

Para Hegel (1944, p. 353-354):

O trabalhador não é genuinamente homem, pois não é livre: relegado a todas as flutuações da oferta e da procura, ele sucumbe, torna-se vil, como uma mercadoria que produz. O trabalhador oferece trabalho e recebe paga, mas dessa maneira decai e acaba por não ser livre porque – mais fraco – a forte ação do mercado o vence.

No sistema capitalista, o trabalhador não é total e positivo em si. Não possuindo senão o seu trabalho, ele o aliena e, pois, aliena todo o seu ser.

É fato que em função da relação estabelecida do trabalho com a liberdade do indivíduo, a burguesia defendia que o Estado não deveria intervir nas relações laborais. Mas a liberdade de contratar não dava meios ao operário, premido pela fome, a recusar uma jornada que muitas vezes se estendia durante quinze horas, tendo miserável retribuição.

Quando se apontava a situação miserável dos trabalhadores, o argumento para defender a ordem das ideias reinantes é que isso acontecia porque a liberdade ainda não era perfeita. A luta pela vida seria o meio de estabelecer um dia o equilíbrio entre os fatores de produção com a predominância da lei da oferta e da procura.

A vinculação dos direitos fundamentais sociais com o que se designou de uma garantia do mínimo existencial é considerada, na atual quadra da evolução, algo evidente,

embora natureza e o grau de tal relação seja objeto de controvérsia doutrinária e jurisprudencial.

À respeito do mínimo existencial, LEAL (2009, SARLET, 2012, p.571) afirma que, “o conteúdo mínimo existencial é limitado por condições de espaço e tempo, bem como implica diálogo com o padrão socioeconômico vigente”

Nas palavras de SARLET (2012, p.572):

Não se pode falar da existência de unanimidade no que diz com a noção de um mínimo existencial, a tendência amplamente majoritária converge no sentido de afirmar que o conteúdo do mínimo existencial ultrapassa a noção de um mínimo meramente vital ou de sobrevivência, para resguardar não só a vida humana em si, mas uma vida saudável.

Este mínimo existencial, por sua vez, guarda relação com os direitos sociais, ainda que não necessariamente com todos e não da mesma forma. Por outro lado, um direito ao mínimo existencial não tem o condão de substituir os direitos sociais expressamente positivados e constantes do elenco do art. 6º da CF/88.

Na perspectiva do direito constitucional positivo brasileiro, já haviam normas constitucionais dispondo sobre o direito ao trabalho, auxílio e a proteção do trabalhador, já podiam ser encontradas no âmbito da evolução constitucional anterior, pelo menos desde a Constituição de 1934, muito embora em termos quantitativos, ou seja, no que diz com o número de posições fundamentais atribuídas ao trabalhador e no concernente à intensidade da proteção constitucional, a Constituição Federal de 1988, até mesmo por ter incluído os direitos dos trabalhadores no Título dos direitos fundamentais, inovou e avançou significativamente.

No plano do Direito internacional dos Direitos Humanos, o direito ao trabalho aparece consagrado nos Artigos XXIII e XXIV da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), ao dispor que:

1. Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego. 2. Toda pessoa, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social. 4. Toda pessoa tem direito a organizar sindicatos e neles ingressar para proteção de seus interesses (art. XXIII), bem como que toda pessoa tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas (art. XXIV).<sup>31</sup>

---



Assevera o eminente doutrinador SARLET (2012, p. 603)

O direito ao trabalho, compreendido como um direito fundamental em sentido amplo, dotado de dupla dimensão objetiva e subjetiva, também assume, tal como os demais direitos fundamentais, uma função negativa e positiva.

Na sua função positiva o direito ao trabalho poderá não implicar um direito subjetivo a um lugar de trabalho (um emprego) remunerado na iniciativa privada ou disponibilizado pelo Poder Público, mas certamente se traduz na exigência (no dever constitucional) de promover políticas de fomento da criação de empregos (postos de trabalho), de formação profissional e qualificação do trabalhador, entre outros tantas que poderiam ser referidas e que são veiculadas por lei ou programas governamentais ou mesmo no setor privado.

Quando a Constituição assegura a todos o direito ao trabalho não explicita nem no que consiste precisamente esse direito, tampouco o modo de se alcançar essa finalidade legal, que pode ser implementada de diversas formas. Sendo o direito ao trabalho um direito fundamental social, a sua promoção e efetivação implicarão o auxílio à compensação das desigualdades sociais, no exercício de uma liberdade e igualdade real e efetiva, na fruição da vida digna. Mas para que tal concreção ocorra, faz-se necessário um comportamento ativo do Estado, já que a igualdade material não se impõe por si mesma. Ao contrário, requer implementação.

Na dimensão de defesa, o direito fundamental dá ao seu titular o direito de exigir que o Estado se abstenha de obstruir ou impedir a fruição do referido direito. Na dimensão de proteção, o titular tem direito subjetivo de exigir que o Estado proteja na relação jurídica frente a terceiros ou mesmo frente ao próprio Estado. Analisa-se o dever do Estado na proteção do gozo da liberdade de trabalhar.

---

<sup>31</sup> **Artigo 23º**

1. Toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à proteção contra o desemprego.
2. Todos têm direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual.
3. Quem trabalha tem direito a uma remuneração equitativa e satisfatória, que lhe permita e à sua família uma existência conforme com a dignidade humana, e completada, se possível, por todos os outros meios de proteção social.
4. Toda a pessoa tem o direito de fundar com outras pessoas sindicatos e de se filiar em sindicatos para defesa dos seus interesses.

**Artigo 24º**

Toda a pessoa tem direito ao repouso e aos lazeres, especialmente, a uma limitação razoável da duração do trabalho e as férias periódicas pagas.

## **2.5. A pesca artesanal, no litoral de Santa Catarina e Florianópolis, como forma de trabalho à subsistência.**

A pesca artesanal é aquela em que o pescador sozinho ou em parcerias perpetra diretamente na captura de pescado, utilizando mecanismos relativamente descomplicados. Os pescadores artesanais apartam da pesca sua dominante fonte de renda, mesmo que sazonalmente efetivam atividades complementares. A pesca artesanal concorre com grandes empresas de pesca industrial, que dispõe infraestrutura muito desenvolvida no tocante aos barcos e recursos de pesca. Ela coopera com mais de 50% da produção nacional de pescado, seja em águas costeiras, litorâneas ou águas interiores (DIEGUES, 1995).

De acordo com DIEGUES (1983), no Brasil, a pesca extrativa marinha prevaleceu devido à extensão do litoral brasileiro, sendo o mar o primeiro e o mais importante meio para aquisição do pescado.

O litoral de Santa Catarina abarca inúmeras comunidades pesqueiras, que subsistem principalmente da pesca artesanal. De acordo com Pinheiro (2003 apud OLIVEIRA, 2004, p. 10), “a renda de 55 mil famílias catarinenses depende exclusivamente da pesca”.

Diante de todo o óbice observado, a pesca artesanal digladia recursos com grandes empresas pesqueiras, que mantem infraestrutura muito avançada perante aos barcos e recursos de pesca. Mesmo assim, a pesca artesanal persiste sendo responsável por um expressivo número de empregos nas comunidades pesqueiras, bem como geração de renda para muitas famílias.

O grande crescimento da pesca industrial, sustentado por uma tecnologia de última geração e inacessível ao pescador artesanal, gerou uma volumosa apropriação dos recursos marinhos, que vem impedindo cada vez mais que os cardumes se aproximem da costa. Diante disso, o pequeno pescador se vê impossibilitado de obter um resultado que justifique a pesca artesanal como atividade produtiva. A baixa rentabilidade da pesca artesanal gera o abandono gradativo da atividade (STROBEL, 1999).

O nível socioeconômico da população pesqueira de Santa Catarina está abaixo de qualquer outra classe dos mais diferentes setores da economia, com exceção de uma minoria que pratica a pesca semi-industrial, com embarcações de porte médio, a situação dos pescadores artesanais do Estado é de empobrecimento gradativo (MARTINS, 1995, p. 12 apud STROBEL, 1999, p. 12).

Em Florianópolis, a atividade pesqueira foi antigamente a fonte primária de renda para a maioria das famílias que residiam nas comunidades da Ilha. Hodiernamente, a atividade pesqueira é em sua maioria artesanal, contribuindo com uma boa parcela da economia do município. No entanto, essa atividade é exercida informalmente, gerando uma série de problemas sociais, econômicos e financeiros.

Segundo a CUT – Central Única dos Trabalhadores (2003 apud OLIVEIRA, 2004, p. 13):

O trabalhador informal pode, tanto indicar uma estratégia de sobrevivência em face da perda de uma ocupação formal, como uma opção de vida de alguns segmentos de trabalhadores que preferem desenvolver o seu “próprio negócio”.

Nos dias atuais, observa-se uma grande preocupação com os pescadores artesanais, uma vez que a pesca artesanal envolve um grande número de pescadores que contam com a captura como principal fonte de renda.

Dos 25 mil pescadores artesanais existentes em atividade em Santa Catarina, 3.100 deles pertencem ao município de Florianópolis, representando 12% dos pescadores artesanais do Estado. Florianópolis é o município com a maior captura artesanal do Estado, ficando responsável por 16,38% do total capturado (EPAGRI, 2004).

De acordo com o IBAMA (2000 apud TAVARES, 2003), a Ilha de Santa Catarina apresenta alguns locais onde as populações ainda apresentam características semelhantes com as da época da colonização. As comunidades que se destacam na prática da pesca são: Praia da Armação, Pântano do Sul, Praia dos Ingleses e Ponta das Canas.

## **2.6. Proporcionalidade e razoabilidade ao legislar**

O órgão legislador não está livre de criar leis abusivas e inconstitucionais. Neste contexto, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade também delineiam como critério de controle do processo legal, podendo ser levantado em defesa dos cidadãos.

Os juízos de razoabilidade e proporcionalidade necessitam ser aplicados. Havendo o descumprimento dessas formalidades, tem-se como maculado por inconstitucional a norma editada.

Sobre o descumprimento dos citados princípios no processo legislativo, CARRAZZA

(2003, pg. 314) clama a atuação desproporcionada e desarrazoada do legislador como hipótese de desvio de poder. Veja-se:

O desvio de poder, no que concerne ao Legislativo, é um vício, de natureza objetiva, caracterizado pelo desencontro entre o conteúdo da lei e aquele que seria o adequado à consecução dos fins traçados pela Constituição.

BARROSO (2009, p.241), ao ocupar-se a despeito da interpretação e aplicação constitucional, assim ensinou sobre a utilização do princípio da razoabilidade e da proporcionalidade sobre a atividade de legislar:

A possibilidade de controle de razoabilidade dos atos do Poder Legislativo também tem sido discutida no Brasil nas últimas décadas, ainda que incipientemente. A fórmula utilizada para sua aplicação foi a importação de figura tradicional originária do direito administrativo francês, identificada como *détournement de pouvoir*, isto é, o desvio ou excesso de poder. Convencionalmente aplicada no controle dos atos administrativos, o conceito teve seu alcance estendido para abrigar certos casos envolvendo atos legislativos.

A cláusula do devido processo legal material (*substantive process of law*), consubstanciada no texto da Constituição no art. 5º, LIV, visa abrigar as pessoas dos excessos praticados, através da verificação de elementos como a necessidade e adequação da medida ou lei tomada para o caso em debate. Ou seja, constatando a proporcionalidade e a razoabilidade da norma.

A respeito da aplicação do devido processo legal, neste mesma senda de proteção dos cidadãos, há os ensinamentos de CASTRO (2005, p.146), que assim assevera:

Nessa visão limitadora do arbítrio legislativo, a cláusula do devido processo legal erige-se em escudo contra as normas jurídicas e as decisões administrativas irrazoáveis ou irracionais. Afasta-se, assim, o totalitarismo na tomada de decisões capazes de interferir com a esfera de liberdade ou com os bens individuais dotados de utilidade social. Por exigência insuprimível de limitação de mérito ou de conteúdo nas decisões de caráter normativo, a nenhuma autoridade constituída, nem mesmo ao legislador legitimamente investido da representação política, é dado deliberar de forma arbitrária e incondicionada.

Entretanto, como é cediço, as normas existentes nem sempre são eficientes ou suficientes para socorrer os inúmeros casos do cotidiano da vida humana, de modo que a própria lei pode ser razoável para alguns e desproporcional para outros.

A intenção de criar normas jurídicas, ainda que política, porque exprime o exercício de uma competência constitucional, só se justifica e só é legítima quando regular, sendo controlável pelo judiciário.

Configura-se o abuso do poder de legislar quando a norma criada alcança um interesse particular ou interesse público diverso daquele que motivou a atribuição de competência constitucional, ou porque os motivos determinantes do exercício daquele poder não se configuraram, ou ainda, por inconstitucionalidade do objeto sobre o qual recai a norma. Toda forma de abuso do poder de legislar pode ser fiscalizado e deve ser coibida pelo Judiciário. (MATTOS, 2005)

O princípio da razoabilidade, que sem presentear a solução final, ao menos torna o caminho do crítico da lei não tão diversificado ou aleatório aos olhos do cidadão comum. O critério da razoabilidade exprime uma tentativa de determinação do critério ou critérios que incidirão nos casos concretos. (BASTOS, 2014, p.166)

Depreende-se do princípio da proporcionalidade, outrossim chamado de mandamento da proibição de excesso como um mentor à atividade interpretativa. Sublinha-se ainda que a proporcionalidade e a razoabilidade correntemente costumam ser empregadas indiferentemente. (BARROSO, 2016, p.204)

O princípio da proporcionalidade memora GUERRA FILHO (1995, p. 255-259), tal como ilustrado no Direito Alemão, de onde se espalhou para os demais ordenamentos jurídicos, desdobra-se em três aspectos:

Proporcionalidade em sentido estrito, adequação e exigibilidade. O meio a ser escolhido deverá ser, em primeiro lugar, adequado para atingir o resultado almejado, revelando conformidade e utilidade ao fim desejado. Em seguida, comprova-se a exigibilidade do meio quando esse se mostra como o mais suave dentre os diversos disponíveis (...). Finalmente, haverá respeito à proporcionalidade em sentido estrito quando o meio a ser empregado se mostra como o mais vantajoso, no sentido da promoção de certos valores, com o mínimo de desrespeito de outros (...).

Consequente, são fatores imutavelmente presentes em toda ação de destaque para a criação do direito: os motivos (circunstâncias de fato), os fins e os meios. Além do mais, há de se tomar em conta, também, os valores fundamentais da organização estatal, explícitos ou implícitos, como a ordem, a segurança, a paz, a solidariedade; em última análise, a justiça. A razoabilidade é, pontualmente, a adequação de sentido que deve haver entre esses elementos. (BARROSO 1996, p.206)

Na Alemanha , a fonte doutrinária da referida técnica de verificação da razoabilidade, O Tribunal Constitucional Federal, em decisão emitida em 1791, assim abreviou o tema: “O meio empregado pelo legislador deve ser adequado e exigível, quando o legislador não

poderia ter escolhido outro igualmente eficaz, mas que seria um meio não-prejudicial ou portador de uma limitação menos perceptível a direito fundamental”. (GUERRA FILHO, 1989, p. 75)

No ordenamento pátrio, a técnica da verificação da razoabilidade pode ser recepcionada como presente no Texto Constitucional sob duas visões diversas. Desprende-se, assim, duas construções admissíveis. Precipuamente, e como sucedâneo da doutrina alemã, pode-se reputar o princípio da razoabilidade como implícito no sistema, disseminando-se assim como um princípio constitucional não escrito (BASTOS, 2014, p.168). Em contrapartida, poder-se-ia, já agora sob o influxo direto da doutrina norte-americana, extraí-lo da cláusula do devido processo legal, mais especificamente como proveniente da noção substantiva que se vem estampando a dita cláusula. (DJU de 12.6.1995, p.15. 154, relator Ministro José Celso de Mello, STF).

## 2.7. Lei Federal n.º7.661/1988

Diante da Lei Federal n.º7.661/1988, em seu art. 1º, ficou instituído o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro (PNGC), como pode-se constatar *in verbis*: “Art. 1º. Como parte integrante da Política Nacional para os Recursos do Mar - PNRM e Política Nacional do Meio Ambiente - PNMA, fica instituído o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro – PNGC”.<sup>32</sup>

Também consegue-se extrair que o PNGC, de acordo com art. 2º desta mesma lei, visará a orientação na melhor distribuição e equalização dos recursos naturais da Zona Costeira, com o intuito precípua de proteção máxima ao patrimônio natural, histórico e cultural, assim como também, a elevação da qualidade de vida de sua população, pois cediço é, hodiernamente, a constatação da grande concentração populacional nas regiões costeiras marítimas.

A definição clara do que vem a ser Zona Costeira, encontra-se explícita no parágrafo único do art.2º da lei ora analisada, e assim o preceitua:

Parágrafo único. Para os efeitos desta lei, considera-se Zona Costeira o espaço geográfico de interação do ar, do mar e da terra, incluindo seus recursos renováveis

---

<sup>32</sup> Lei n.º7.661/1988, Art. 1º. Como parte integrante da Política Nacional para os Recursos do Mar - PNRM e Política Nacional do Meio Ambiente - PNMA, fica instituído o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro - PNGC.

ou não, abrangendo uma faixa marítima e outra terrestre, que serão definidas pelo Plano.<sup>33</sup>

Na mesma toada, seguindo os artigos desta mesma lei, encontra-se, e de forma clara e límpida, a competência do PNGC para prever o zoneamento de uso e atividades nas praias. E desta maneira faz:

Art. 3º. O PNGC deverá **prever o zoneamento de usos e atividades** na Zona Costeira e dar prioridade à conservação e proteção, entre outros, dos seguintes bens:

I - recursos naturais, renováveis e não renováveis; recifes, parcéis e bancos de algas; ilhas costeiras e oceânicas; sistemas fluviais, estuarinos e lagunares, baías e enseadas; **praias**; promontórios, costões e grutas marinhas; restingas e dunas; florestas litorâneas, manguezais e pradarias submersas;” (Grifo meu)<sup>34</sup>

Diante do art.5º da Lei federal n.º7.661/1988, pode-se também constatar, mais uma vez, a sua competência para águas marítimas costeiras e sobre recreação e lazer nestas áreas, como se aduz do mesmo artigo:

Art. 5º. O PNGC será elaborado e executado observando normas, critérios e padrões relativos ao controle e à manutenção da qualidade do meio ambiente, estabelecidos pelo CONAMA, que contemplem, entre outros, os seguintes aspectos: **urbanização; ocupação e uso do solo**, do subsolo e **das águas**; parcelamento e remembramento do solo; sistema viário e de transporte; sistema de produção, transmissão e distribuição de energia; habitação e saneamento básico; turismo, **recreação e lazer**; patrimônio natural, histórico, étnico, cultural e paisagístico.<sup>35</sup> (Grifo meu)

Não menos curioso, é o parágrafo 1º do art. 5º supracitado, quando clama a conformação e respeito dos Planos Municipais e Estaduais de Gerenciamento Costeiro ao PNGC, mostrando a necessidade de integração das normas hierarquicamente inferiores e exigindo expressamente a manutenção de um ordenamento jurídico-normativo coerente:

§ 1º **Os Estados e Municípios poderão instituir, através de lei, os respectivos Planos Estaduais ou Municipais de Gerenciamento Costeiro, observadas as normas e diretrizes do Plano Nacional** e o disposto nesta lei, e designar os órgãos competentes para a execução desses Planos. (grifo meu)<sup>36</sup>

<sup>33</sup>Lei n.º7.661/1988, Art. 2º. Subordinando-se aos princípios e tendo em vista os objetivos genéricos da PNMA, fixados respectivamente nos arts. 2º e 4º da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, o PNGC visará especificamente a orientar a utilização nacional dos recursos na Zona Costeira, de forma a contribuir para elevar a qualidade da vida de sua população, e a proteção do seu patrimônio natural, histórico, étnico e cultural. Parágrafo único. Para os efeitos desta lei, considera-se Zona Costeira o espaço geográfico de interação do ar, do mar e da terra, incluindo seus recursos renováveis ou não, abrangendo uma faixa marítima e outra terrestre, que serão definidas pelo Plano.

<sup>34</sup> Artigo 3º da Lei Federal n.º7.661/1988.

<sup>35</sup> Artigo 5º da Lei Federal n.º7.661/1988.

<sup>36</sup> Parágrafo 1º do art. 5º da Lei Federal n.º7.661/1988.

E por fim, depreende-se do art.10 da Lei em tela, as praias são bens públicos de uso comum do povo, assegurando o livre acesso e circulação de todos. Portanto, sendo esta uma Lei Federal, deverão os Planos Municipais e Estaduais de Gerenciamento Costeiro, estarem de acordo com aquela. Com o intuito de manter a coerência em nosso sistema jurídico, a norma inferior, dentro dos limites de generalidade e abstração da norma superior, deve restringir-se a detalhá-la dentro dos limites oferecidos. Assim acertadamente, e de forma a não deixar dúvida, é a letra do art.10 da lei nº7.661/1988:

**Art. 10. As praias são bens públicos de uso comum do povo, sendo assegurado, sempre, livre e franco acesso a elas e ao mar, em qualquer direção e sentido, ressalvados os trechos considerados de interesse de segurança nacional ou incluídos em áreas protegidas por legislação específica.**

§ 1º. Não será permitida a urbanização ou qualquer forma de utilização do solo na Zona Costeira que impeça ou dificulte o acesso assegurado no caput deste artigo.

§ 2º. A regulamentação desta lei determinará as características e as modalidades de acesso que garantam o uso público das praias e do mar. (grifo meu)<sup>37</sup>

Por fim, ainda tem-se no mesmo artigo 10, em seu paragrafo 3º, da lei supracitada, o conceito e limites da definição do que se entende por “praias”:

§ 3º. Entende-se por praia a área coberta e descoberta periodicamente pelas águas, acrescida da faixa subsequente de material detrítico, tal como areias, cascalhos, seixos e pedregulhos, até o limite onde se inicie a vegetação natural, ou, em sua ausência, onde comece um outro ecossistema.<sup>38</sup>

O renomado mestre Hely Lopes Meirelles (1994, p. 498) nos adverte:

A norma de excepcional relevância para a preservação da costa brasileira é a Lei 7.661, de 16.05.88, que institui o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro, cujo objetivo é prever o zoneamento de usos e atividades na zona costeira, dando prioridade à conservação e proteção dos recursos naturais, sítios ecológicos e monumentos que integrem o patrimônio natural, cultural e paisagístico. (...) Em dispositivo expresso, a lei considera as praias como bens de uso comum do povo, sendo proibida a urbanização ou qualquer outra forma de utilização do solo que impeça o livre e franco acesso às praias e ao mar, em qualquer direção e sentido (art. 10 e §§). (grifo meu)

O PNGC tem, como finalidade primordial, o estabelecimento de normas gerais visando a gestão ambiental da Zona Costeira do País, lançando as bases para a formulação de

---

<sup>37</sup> Artigo 10 da Lei Federal n.º7.661/1988.

<sup>38</sup> Paragrafo 3º do art.10 da Lei Federal n.º7.661/1988.



políticas, planos e programas estaduais e municipais, e estes devem sempre estar em conformidade e em observância a Lei Federal n.º7.661/1988 que instituiu o PNGC.

## **2.8. Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro, Plano Estadual de Gerenciamento Costeiro e o Plano Municipal de Gerenciamento Costeiro**

O PNGC tem, como finalidade primordial, o estabelecimento de normas gerais visando a gestão ambiental da Zona Costeira do País, lançando as bases para a formulação de políticas, planos e programas estaduais e municipais, e estes devem sempre estar em conformidade e em observância a Lei Federal n.º7.661/1988 que instituiu o PNGC.

O PNGC tem, como finalidade primordial, o estabelecimento de normas gerais visando a gestão ambiental da Zona Costeira do País, lançando as bases para a formulação de políticas, planos e programas estaduais e municipais. Para tanto, busca os seguintes objetivos:

- A promoção do ordenamento do uso dos recursos naturais e da ocupação dos espaços costeiros, subsidiando e otimizando a aplicação dos instrumentos de controle e de gestão pró-ativa da Zona Costeira;
- O estabelecimento do processo de gestão, de forma integrada, descentralizada e participativa, das atividades socioeconômicas na Zona Costeira, de modo a contribuir para elevar a qualidade de vida de sua população, e a proteção de seu patrimônio natural, histórico, étnico e cultural;
- O desenvolvimento sistemático do diagnóstico da qualidade ambiental da Zona Costeira, identificando suas potencialidades, vulnerabilidades e tendências predominantes, como elemento essencial para o processo de gestão;
- A incorporação da dimensão ambiental nas políticas setoriais voltadas à gestão integrada dos ambientes costeiros e marinhos, compatibilizando-as com o PNGC;
- O efetivo controle sobre os agentes causadores de poluição ou degradação ambiental sob todas as formas, que ameacem a qualidade de vida na Zona Costeira; e

- A produção e difusão do conhecimento necessário ao desenvolvimento e aprimoramento das ações de Gerenciamento Costeiro.<sup>39</sup>

O Plano Nacional de Gerenciamento Costeiros (PNGC) expressa o compromisso do Governo Brasileiro com o desenvolvimento sustentável em sua Zona Costeira, considerada como patrimônio nacional, tendo como princípios fundamentais:

A observância da Política Nacional de Meio Ambiente e da Política Nacional para os Recursos do Mar, de forma articulada e compatibilizada com as demais políticas incidentes na sua área de abrangência e de atuação;  
 A observância dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil na matéria;  
 A observância dos direitos de liberdade de navegação, na forma da legislação vigente;  
 A utilização sustentável dos recursos costeiros em observância aos critérios previstos em Lei e neste Plano;  
 A gestão integrada dos ambientes terrestres e marinhos da Zona Costeira, com a construção e manutenção de mecanismos transparentes e participativos de tomada de decisões, baseada na melhor informação e tecnologia disponível e na convergência e compatibilização das políticas públicas, em todos os níveis da administração;  
 A necessidade de ser considerada, na faixa marítima, a área de abrangência localizada na plataforma continental interna, na qual os processos de transporte sedimentar e modificação topográfica do fundo marinho constituem parte integrante substancial dos processos costeiros, e ainda aquela porção de mar onde o efeito dos aportes terrestres sobre os ecossistemas marinhos é mais significativo;  
 A não-fragmentação, na faixa terrestre, da unidade natural dos ecossistemas costeiros, de forma a permitir a regulamentação da utilização de seus recursos, respeitando sua integridade;  
 A consideração, na faixa terrestre, das áreas marcadas por atividade sócio-econômico-cultural de características costeiras e sua área de influência imediata, em função dos efeitos dessas atividades sobre a conformação do território costeiro;  
 A consideração dos limites municipais, dada a operacionalidade das articulações necessárias ao processo de gestão;  
 A preservação, conservação e controle de áreas que sejam representativas dos ecossistemas da Zona Costeira, com recuperação e reabilitação das áreas degradadas ou descaracterizadas;  
 A aplicação do Princípio de Precaução tal como definido na Agenda 21, adotando-se medidas eficazes para impedir ou minimizar a degradação do meio ambiente, sempre que houver perigo de dano grave ou irreversível, mesmo na falta de dados científicos completos e atualizados; e  
 A execução em conformidade com o princípio da descentralização, assegurando o comprometimento e a cooperação entre os níveis de governo, e desses com a sociedade, no estabelecimento de políticas, planos e programas estaduais e municipais.<sup>40</sup>

---

<sup>39</sup> O Governo Brasileiro tem dado especial atenção ao uso sustentável dos recursos costeiros. Tal atenção expressa-se no compromisso governamental com o planejamento integrado da utilização de tais recursos, visando o ordenamento da ocupação dos espaços litorâneos. Para atingir tal objetivo, concebeu e implantou o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro (PNGC), implementando um processo marcado pela experimentação e pelo aprimoramento constante.

<sup>40</sup> A Zona Costeira brasileira, que compreende uma faixa de 8.698 km de extensão e largura variável, contempla um conjunto de ecossistemas contíguos sobre uma área de aproximadamente 388 mil km<sup>2</sup>. Abrange uma parte

Área de abrangência do PNGC é a Zona Costeira, que é o espaço geográfico de interação do ar, do mar e da terra, incluindo seus recursos ambientais, abrangendo as seguintes faixas:

- Faixa Marítima que é a faixa que se estende mar afora distando 12 milhas marítimas das Linhas de Base estabelecidas de acordo com a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, compreendendo a totalidade do Mar Territorial.
- A Faixa Terrestre que é a faixa do continente formada pelos municípios que sofrem influência direta dos fenômenos ocorrentes na Zona Costeira, a saber:
  - a) os municípios defrontantes com o mar, assim considerados em listagem desta classe, estabelecida pelo Instituto Brasileiro de Geografia Estatística (IBGE);
  - b) os municípios não defrontantes com o mar que se localizem nas regiões metropolitanas litorâneas;
  - c) os municípios contíguos às grandes cidades e às capitais estaduais litorâneas, que apresentem processo de conurbação;
  - d) os municípios próximos ao litoral, até 50 km da linha de costa, que aloquem, em seu território, atividades ou infraestruturas de grande impacto ambiental sobre a Zona Costeira, ou ecossistemas costeiros de alta relevância;
  - e) os municípios estuarinos-lagunares, mesmo que não diretamente defrontantes com o mar, dada a relevância destes ambientes para a dinâmica marítimo-litorânea; e
  - f) os municípios que, mesmo não defrontantes com o mar, tenham todos seus limites estabelecidos com os municípios referidos nas alíneas anteriores.

Os novos municípios, criados, após a aprovação deste Plano, dentro do limite abrangido pelo conjunto dos critérios acima descritos, serão automaticamente considerados como componentes da faixa terrestre, tendo-se como referência a data de sua edição.

No que concerne o PEGC do Estado de Santa Catarina (ANEXO 3) apresenta-se, em seu artigo 9º, que os planos municipais de gerenciamento obrigatoriamente deverão estar em acordo com o Plano Estadual de Gerenciamento Costeiro. Desta forma, expressamente assegura a coerência do ordenamento jurídico, respeitando a hierarquia de normas,

---

terrestre, com um conjunto de municípios selecionados segundo critérios específicos, e uma área marinha, que corresponde ao mar territorial brasileiro, com largura de 12 milhas náuticas a partir da linha de costa. Essa faixa *stricto sensu* concentra quase um quarto da população do País, em torno de 36,5 milhões de pessoas (segundo a *Contagem da População de 1996*) abrigadas em cerca de 400 municípios, com uma densidade média de 87hab/km<sup>2</sup>, cinco vezes superior à média nacional (17 hab./km<sup>2</sup>). O número de habitantes em áreas urbanas correspondia, em 1991, a 87,66% do total, destacando-se que treze das dezessete capitais dos estados litorâneos situam-se à beira-mar. As atividades econômicas costeiras são responsáveis por cerca de 70% do PIB nacional.

explicitamente em seu artigo 5º, obriga seus municípios a estarem de acordo com as normas e princípios esculpidos nas leis superiores que tratam da matéria.<sup>41</sup>

Em Florianópolis, a Lei n.º 7.975 de 02 de outubro de 2009 criou o Plano Municipal de Gerenciamento Costeiro - PMGC. Amarrando-se aos princípios normativos gerais, às diretrizes e aos objetivos específicos do PNGC e do PEGC, o PMGC objetiva gerenciar o uso devido dos recursos naturais da Zona Costeira de Florianópolis.

Tracejados na Política Nacional do Meio Ambiente e na Política Nacional dos Recursos do Mar, os planos nacional, estadual e municipal exibem diretrizes e instrumentos para colocar em ação o gerenciamento costeiro, mas não seguem a estrutura de uma política pública. Consequente, a capital do estado, Florianópolis, não detém uma Política Municipal de Gerenciamento Costeiro, mas sim uma norma expandida e que expressa o PMGC, sem ter, de fato, o especificado e sem ter tido, até o presente momento, maior ingerência na administração municipal.

Além de tudo, a Lei Municipal, ora analisada, não representa o Plano Municipal de Gerenciamento Costeiro, mas uma normativa que o estabelece. O art. 4º da referida lei dispõe que:

O PMGC será elaborado e, quando necessário, atualizado pelo Poder Executivo na instância técnico-administrativa de um Grupo de Coordenação dirigido pela Secretaria de Meio Ambiente e Desenvolvimento Urbano, cuja composição e forma de atuação serão definidas no decreto regulamentar a que se refere o art. 11 desta

---

<sup>41</sup> PEGC/SC, Art. 5º O PEGC e os PMGC's serão elaborados observando-se as normas, os critérios e os padrões referentes ao controle e à manutenção da qualidade do meio ambiente, estabelecidos pelas normas nacionais afins, que contemplem, na forma do disposto no *caput* do art. 5º da Lei federal n. 7.661, de 1988, dentre outros, os seguintes aspectos:

- I – a urbanização;
- II – a ocupação e o uso do solo, do subsolo e das águas;
- III – o parcelamento e o remembramento do solo;
- IV – o sistema viário e o de transporte;
- V – o sistema de produção, transmissão e distribuição de energia;
- VI – a habitação e o saneamento básico;
- VII – o turismo, a recreação e o lazer; e
- VIII – os patrimônios natural, histórico, étnico, cultural e paisagístico.

Parágrafo único. O PEGC e os PMGC's poderão estabelecer normas e diretrizes sobre o uso do solo, do subsolo e das águas, além de limitações à utilização de bens imóveis, prevalecendo sempre os dispositivos de natureza mais restritiva.

Art. 9º Às praias marítimas, bens públicos de uso comum do povo na forma do disposto no art. 20, IV, da Constituição Federal, aplicam-se as garantias, limitações, regulamentos e definições a que se refere o art. 10 da Lei federal n. 7.661, de 1988.

Lei.<sup>42</sup>

Além do mais, a Lei em questão estipula que o PMGC deva ser “*submetido pelo Grupo de Coordenação à avaliação e aprovação do Conselho Municipal do Meio Ambiente (CONDEMA)*”. Ainda assim, o PMGC não foi elaborado e avaliado conforme preceitua a Lei. Isto posto, o PMGC de Florianópolis ainda está por ser estabelecido, designando, por fim, a Política de GCI do município.<sup>43</sup>

Convém ainda salientar, que esta mesma lei municipal, em seu artigo 10, repete a letra do artigo 10 da Lei Federal n.º 7.661/1988 que instituiu o PNGC, a qual trata de conceituar a praia como bem comum de todos. Portanto, na escala de hierarquia de normas, tal dispositivo apresenta-se em consonância com a lei superior.<sup>44</sup>

Desta forma, percebe-se, que todas as leis supracitadas mantêm o ordenamento jurídico coeso em relação ao uso das praias como bem comum de uso de todos e sendo assegurado, sempre, livre e franco acesso a elas e ao mar, em qualquer direção e sentido.

## 2.9. Lei Ordinária Municipal n.º 4.601/95

Com todo exposto, depois de ter percorrido por todos os dispositivos supralegais que regem o uso das praias e as devidas restrições impostas pela Lei Municipal n.º 4.601/95, observa-se que esta é a única lei que permanece em descompasso com o presente ordenamento jurídico. Além de ultrapassar a competência de legislar, fere ao mesmo tempo o campo material, pois sua redação, em seu artigo 5º da mesma infere:

É permitida a prática de surf em todos os balneários da Ilha de Santa Catarina, exceto no período de quinze de maio a quinze de julho, período da pesca da tainha, quando a prática do surf poderá ser realizada na Praia da Joaquina, Praia Mole, até quinhentos metros do canto esquerdo da praia da Lagoinha do Leste, até quinhentos metros do canto esquerdo da Praia do Matadeiro, até quinhentos

<sup>42</sup> Lei n.º 7.975/09, **Art. 11**. O Poder Executivo regulamentará a presente Lei no prazo de noventa dias a contar de sua publicação.

<sup>43</sup> [http://www.aprh.pt/rgci/pdf/rgci-425\\_Diederichsen.pdf](http://www.aprh.pt/rgci/pdf/rgci-425_Diederichsen.pdf) | DOI:10.5894/rgci425, acessado em 03/02/16 às 23:57

<sup>44</sup> Lei n.º 7.975/09, **Art. 10**. Às praias marítimas, lacustres e fluviais, bens públicos de uso comum do povo na forma do disposto no art. 20, inciso IV, com a nova redação dada pela Emenda Constitucional 46 da Constituição Federal de 1988, aplicam-se as garantias, limitações, os regulamentos e as definições a que se refere o art. 10 da Lei Federal nº 7.661 de 1988 e Lei Federal nº 8.617 de 1993.

metros do canto esquerdo da Praia da Armação, até quinhentos metros do canto direito da Praia do Morro das Pedras, até quinhentos metros para a direita da entrada da Praia do Moçambique e no canto esquerdo da Praia Brava, até a rua Sinésio Duarte. (Redação dada pela Lei nº 9.907/2015)

Ora, a alteração ao devido artigo 5º caput e seus parágrafos, ocorreu recentemente, acontece que, mesmo tentando conciliar o impasse, o município continua a legislar sobre direito que compete exclusivamente a União e permanece mantendo viva a ruptura com o ordenamento jurídico nacional, como se observa nos parágrafos acrescentados pela nova lei n.º 9907/2015:

"Art. 5º É permitida a prática de surf em todos os balneários da Ilha de Santa Catarina, exceto no período de quinze de maio a quinze de julho, período da pesca da tainha, quando a prática do surf poderá ser realizada na Praia da Joaquina, Praia Mole, até quinhentos metros do canto esquerdo da praia da Lagoinha do Leste, até quinhentos metros do canto esquerdo da Praia do Matadeiro, até quinhentos metros do canto esquerdo da Praia da Armação, até quinhentos metros do canto direito da Praia do Morro das Pedras, até quinhentos metros para a direita da entrada da Praia do Moçambique e no canto esquerdo da Praia Brava, até a rua Sinésio Duarte.

§ 1º As praias Mole e Joaquina ficam abertas em toda a sua extensão, durante todos os meses do ano, para a prática do surf, sem prejuízo da pesca."

Art. 2º Ficam acrescentados os §§ 6º e 7º ao art. 5º da Lei nº 4.601, de 1995, com as seguintes redações: "§ 6º Os atos de violência ou proibição da prática do surf praticados por pescadores acarretarão a apreensão dos instrumentos de pesca, os quais só serão restituídos após quinze de julho.

§ 7º As disposições desta Lei não impedem a realização de acordos entre associações de surf e associações de pescadores nas demais praias da cidade de Florianópolis.<sup>45</sup>

Desde o início do presente trabalho, como se observa, o devido artigo 5º da lei ora elaborada pela câmara de vereadores, não se discute a competência da devida lei, ignora-se o conteúdo das leis hierarquicamente superiores, que versam a contrário senso e permanecem legislando sobre o uso das praias na cidade de Florianópolis.

---

<sup>45</sup>Lei Ordinária 9907/2015, LEI Nº 9907, DE 18 DE NOVEMBRO DE 2015 ALTERA O ART. 5º E O § 1º E ACRESCENTA OS § § 6º E 7º AO ART. 5º DA LEI Nº 4601, DE 1995.

### **CAPITULO 3 - Discutir o afrontamento de Lei ou ato municipal à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e quais são as possíveis ações cabíveis em caso de inconstitucionalidade destes.**

#### **3.1. Lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Federal de 1988**

Ao lado do controle difuso de constitucionalidade das leis municipais é possível que qualquer juiz ou tribunal pronuncie a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, a frente de provocação de qualquer das partes, do Ministério Público ou mesmo de ofício pelo juiz ou órgão fracionário. Destarte se torna alcançável que tanto o juiz singular, quanto o Tribunal de Justiça, por meio da interpretação e, conseqüentemente de um ato de jurisdição constitucional, em um processo hermenêutico-constitucional, deixem de aplicar determinada lei em razão de sua inconstitucionalidade; suprimindo do órgão de cúpula do Poder Judiciário o monopólio do controle de constitucionalidade.

Todavia, cabe destacar que o juiz singular não declara a inconstitucionalidade da lei; apenas deixa de aplicá-la ao caso concreto em razão de observá-la como inconstitucional, porquanto unicamente na forma do art. 97 da Constituição Federal é que pode haver a declaração de inconstitucionalidade.<sup>46</sup>

Por outro lado, quando a investigação é realizada pelo Tribunal de Justiça, concluindo o órgão fracionário pela inconstitucionalidade da lei municipal, deve ser levantado o incidente de inconstitucionalidade onde, pela regra da reserva de plenário, a norma infraconstitucional deve ser subordinada ao órgão especial, ou pela composição plenária, do Tribunal de Justiça para que, então, se profira sobre a inconstitucionalidade da lei, anunciando-a inconstitucional ou não, em votação cujo quorum pedido para a declaração de inconstitucionalidade é o de maioria absoluta.<sup>47</sup>

Uma vez decidida a questão constitucional, o caso volta ao órgão fracionário, turma ou câmara, para decisão do caso concreto, onde, a partir da decisão do órgão fracionário, é

---

<sup>46</sup> Constituição Federal de 1988, Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

<sup>47</sup> Código de Processo Civil - Art.480. Arguida a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, o relator, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão à turma ou câmara, a que tocar o conhecimento do processo.

possível introduzir-se com Recurso Extraordinário para o Supremo Tribunal Federal. Cabe, ainda, frisar que, ao contrário do juiz singular, os órgãos fracionários do tribunal não podem simplesmente deixar de aplicar a lei inconstitucional, devendo, obrigatoriamente, suscitar o incidente de inconstitucionalidade, inclusive o Superior Tribunal de Justiça.<sup>48</sup>

Diante disso, cumpre apontar, segundo BULOS (2007, p. 128) que “assim, a sentença declaratória da inconstitucionalidade de lei municipal em face da Carta Federal comporta, na via de defesa, recurso extraordinário”.

Por consequência, remetida a questão ao Supremo Tribunal Federal, por meio de Recurso Extraordinário, considerando a hipótese de declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo, este pode remeter a matéria ao Senado Federal para que suspenda a execução da referida lei, por meio de resolução, nos moldes do artigo 52, X, da Constituição Federal, mas os efeitos, que eram inter partes e ex tunc, passam a ser erga omnes e ex nunc, para os que não são partes do processo.<sup>49</sup>

É mister destacar que, conforme ensina MORAES (2003, p. 1351), o entendimento predominante é de que essa atribuição do Senado Federal é discricionária e não vinculada. Senão, vejamos:

Ocorre que tanto o STF quanto o Senado Federal entendem que o Senado não está obrigado a proceder à edição da resolução suspensiva do ato estatal cuja inconstitucionalidade, em caráter irrecorrível, foi declarada in concreto pelo STF; sendo, pois, ato discricionário do Poder Legislativo, classificado como deliberação essencialmente política, de alcance normativo (RTJ 39/19), no sentido referido por Paulo Brossard, de que tudo está a indicar que o Senado é o juiz exclusivo do momento em que convém exercer a competência, a ele só atribuída, de suspender lei ou decreto declarado inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.

Dessa forma, verifica-se que o controle da constitucionalidade de leis municipais em face da Constituição Federal se apresenta de forma plena, possibilitando a harmonia do sistema, contudo limitado em relação aos efeitos que atingirão apenas as partes envolvidas a menos que decida o Senado Federal estender os mesmos à coletividade.

---

<sup>48</sup> Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça - Art. 200. A Seção ou a Turma remeterá o feito ao julgamento da Corte Especial quando a maioria acolher arguição de inconstitucionalidade por ela ainda não decidida.

<sup>49</sup> Constituição Federal de 1988, Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;



### 3.2. Controle Concentrado de Constitucionalidade de Lei Municipal

Dado que, conforme a previsão constitucional constante do art. 102, I, a, não há a possibilidade de controle concentrado de constitucionalidade quanto às leis e atos normativos municipais que contrariem, diretamente, a Constituição Federal, eis que mencionado artigo antevê tal possibilidade apenas quando se dedicar a lei ou ato normativo federal ou estadual.<sup>50</sup>

Também, entende o STF que não é factível o controle concentrado de constitucionalidade pelo Tribunal de Justiça, quando a lei municipal ultrajar de modo direto a Constituição Federal, uma vez os vereditos do tribunal possuiriam efeitos erga omnes em âmbito estadual e, dessa forma, terminariam vinculando as decisões do próprio STF, impedindo-o de realizar seu múnus constitucional de Guardião da Constituição.

Nesse seguimento, interessante as disposições de BULOS (2007, p. 227) sobre o tema em análise:

De imediato, observemos que o art. 102, I, a, da Constituição só admite ação direta de inconstitucionalidade perante atos normativos federais ou estaduais. Ficaram de fora, propositadamente, os municipais. Propositadamente porque o silêncio foi deliberado e consciente. Nem há falar em lacunas ou vazios normativos. A proibição teve alcance prático. Foi para impedir uma avalanche de ações, de milhares de Municípios, que poderiam inviabilizar, ainda mais, as atividades do Supremo Tribunal Federal.

Desse modo, se faz mister que sejam averiguada as opções de controle concentrado de constitucionalidade de leis municipais perante a Constituição Estadual e diante da Constituição Federal.

A Constituição Federal entreve em seu artigo 125, § 2º, que os Estados conformarão sua Justiça e, assim, concernindo-os a organização de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais opostos à Constituição Estadual.<sup>51</sup> Isto posto, cabe ao Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade, exercendo, portanto, o controle concentrado de constitucionalidade de

---

<sup>50</sup> Constituição Federal de 1988, Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

<sup>51</sup> O **princípio da simetria constitucional** é o princípio federativo que exige uma relação simétrica entre os institutos jurídicos da Constituição Federal e as Constituições dos Estados-Membros. Este princípio postula que haja uma relação simétrica entre as normas jurídicas da Constituição Federal e as regras estabelecidas nas Constituições Estaduais, e mesmo Municipais. Isto quer dizer que no sistema federativo, ainda que os Estados-Membros e os Municípios tenham capacidade de auto-organizar-se, esta auto-organização se sujeita aos limites estabelecidos pela própria Constituição Federal. Assim, por este princípio, os Estados-Membros se organizam obedecendo o mesmo modelo constitucional adotado pela União.

leis municipais frente a Constituição Estadual.<sup>52</sup>

Nesse ponto, é interessante trazer a lume a consideração que faz STRECK (2002, p. 564) sobre a organização da Justiça no Estado do Rio Grande do Sul:

Alguns Estados, como o Rio Grande do Sul e São Paulo, chegaram a incluir no texto das respectivas constituições a possibilidade de os Tribunais de Justiça, por seus Órgãos Especiais, apreciarem não somente a constitucionalidade das leis municipais e estaduais em face da Constituição Estadual, mas, também, das leis municipais incompatíveis com a Constituição Federal, tese que foi rechaçada de plano pelo Supremo Tribunal Federal, mediante a concessão de medida cautelar nas ADIN nº 409.<sup>53</sup>

Em consequência, é predita a Ação Direta de Inconstitucionalidade Genérica e Interventiva em face da Constituição Estadual para fins de controle concentrado de leis municipais, mas não existe previsão de tais ações em face da Constituição Federal.

Por isso, na suposição da lei municipal se apresentar desconforme com a Constituição Estadual acontecerá a arguição de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça do Estado-Membro.

Para Della Giustina (2001, p.72), “o controle da constitucionalidade das leis em nível estadual é uma das formas mais marcantes de se assegurar a autonomia estadual e municipal”.

O técnica escolta a sistemática prevista para julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade junto ao STF, com quórum mínimo de maioria absoluta do Órgão Especial do Tribunal de Justiça para que seja proferida a inconstitucionalidade da lei municipal. Impendendo referir que o Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul encarregou, assim, ao Órgão Especial do Tribunal, composto por 25 Desembargadores o processamento e julgamento de referidas ações. (DELLA GIUSTINA 2001)

Portanto, apura-se que o controle de constitucionalidade de leis municipais em face da Constituição Estadual persegue uma sistemática de acordo com o controle de constitucionalidade de leis federais e estaduais em face com a Constituição Federal.

Por seu turno, quando a lei ou ato normativo municipal contrapor tanto a Constituição

---

<sup>52</sup> Constituição Federal de 1988, Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. § 2º - Cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão.

<sup>53</sup> ADI 401 **DECISÃO:** AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVO DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL QUE PERMITE A DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI MUNICIPAL EM FACE DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRECEDENTES. NULIDADE DA DECISÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA ESTADUAL. LEI MUNICIPAL VIGENTE. AGRAVO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO.

Federal quanto a Constituição Estadual, em razão de previsões estabelecidas no texto de repetição obrigatória e redação idêntica será da competência do Tribunal de Justiça o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, realizando, por conseguinte, o controle concentrado de constitucionalidade em face da Constituição Federal, ainda que de modo reflexo.

Entretanto, cumpre destacar que, caso a interpretação pelo Tribunal de Justiça local, da norma constitucional estadual, que exibir a norma constitucional federal de observância obrigatória pelos Estados, desdizer o sentido e o alcance desta, há a expectativa de interposição de Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal.

Nesse aspecto, de acordo com ensinamentos de Mendes, Coelho e Branco (2007, p. 1252):

Interessante destacar a existência de uma peculiaridade em face da convivência entre os sistemas difuso e concentrado de controle de constitucionalidade no direito brasileiro. Da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça que julgue procedente ou improcedente a ação direta caberá Recurso Extraordinário, sendo que a decisão proferida no mesmo será dotada de eficácia erga omnes, uma vez que “prolatada em processo de índole objetiva.

Deste jeito, realiza-se a possibilidade de discussão quanto à constitucionalidade de lei municipal que contraponha matéria da Constituição Federal de repetição obrigatória nas Constituições dos Estados-Membros, de forma reflexa, uma vez que a lei municipal ao violar princípio da Constituição Federal infringe também a Constituição do Estado. Ou como profere Della Giustina (2001, p.86):

Em síntese, se a lei ou o ato normativo municipal estiver em confronto com a Constituição Federal, não há como se aplicar, em nível estadual, o sistema do controle concentrado de constitucionalidade. Todavia, se as disposições constitucionais federais estiverem reproduzidas na Carta Estadual, a análise da constitucionalidade é viável.

Todavia, não podemos deixar de consignar o alerta que faz Della Giustina (2001, p.89) ao referir a situação de abandono a que é posto o munícipe, uma vez que não possui guarida aos supostos abusos do legislador municipal, que pode promulgar lei atentatória à Carta Federal, em dispositivos que não se observam na Constituição Estadual, sem nenhuma possibilidade de controle de constitucionalidade, e demandar o seu cumprimento, o que medita a existência de um verdadeiro absurdo jurídico vigente.

De outro modo, o legislador ordinário ao antever a arguição de descumprimento de preceito fundamental, abstrata ou por equiparação, reputou qualquer controvérsia constitucional expressiva sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou

municipal. Logo, seria possível por meio da ADPF a promoção do controle concentrado de constitucionalidade de leis municipais.<sup>54</sup>

No que concerne aos atos passíveis de controle através da arguição de descumprimento de preceito fundamental, agrupa-se previsto no inciso I do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.882, de 1999, que caberá ADPF “quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”.<sup>55</sup>

Nesse aspecto, cabe memorar que, de acordo com a sistemática do art. 102, I, “a” da Constituição Federal, é impensável o controle direto de constitucionalidade de lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Federal. Exatamente por isso, o constituinte de 1988 modernizou ao pressagiar o cabimento de ADPF para sanar controvérsia existente sobre lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Federal.<sup>56</sup>

Quanto a essa inovação, Dirley da Cunha Júnior (*in: Ações Constitucionais*, 2013, p. 614/615) ressalta:

(...) Vislumbra-se, aqui também, uma outra importante inovação. É que, pela sistemática da ação direta de inconstitucionalidade traçada no art. 102, I, a, da Carta Magna, somente os atos normativos federais e estaduais contestados em face da Constituição Federal, sujeitavam-se o controle concentrado de constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal. Os atos municipais, todavia, ficavam de fora desse importante e eficiente modelo de controle, submetendo-se, tão somente, ao controle incidental de constitucionalidade (ou ao controle abstrato perante os Tribunais de Justiça, se contestados em face das Constituições estaduais), circunstância que tornava as normas municipais, ainda que flagrantemente violadoras da Carta Federal, praticamente imunes à uma eficácia geral de declaração de inconstitucionalidade.

A partir da consagração da arguição no direito brasileiro, entretanto, os atos municipais não estão mais a salvo do controle abstrato de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal, com o que passarão a sujeitar-se, à semelhança dos atos federais e estaduais, à eficácia erga omnes da decisão declaratória de inconstitucionalidade.

(...)

Noutros termos, pode-se assegurar que o Supremo Tribunal Federal, se não dispunha de competência originária para o controle abstrato de normas municipais contestadas em face da Constituição Federal, porque a ação direta de inconstitucionalidade não

<sup>54</sup> Lei 9.882/99 - Art. 1º A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental: I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição;

<sup>55</sup> Art. 1º da Lei nº 9.882, de 1999.

<sup>56</sup> Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de **lei ou ato normativo federal ou estadual** e a ação declaratória de constitucionalidade de **lei ou ato normativo federal**; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

comportava esse tipo de controle, foi dotado, com a arguição, de competência para exercitá-lo, por determinação da própria Constituição. (...)

Não obstante, deve-se verificar, na investigação de admissibilidade da ADPF proposta em face de lei ou ato normativo municipal, além dos requisitos ordinários, a subsidiariedade de forma mais aprofundada, sob pena de consentir que essa ação constitucional se converta em sucedâneo de ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal em face da Constituição Federal.

Praticamente, além de constatar se não há outros meios eficazes de remediar a lesão aos preceitos da Constituição Federal (dentro do controle abstrato), há de se prever também se não há outros meios eficazes de reparar a lesão (em âmbito de controle abstrato) aos preceitos da Constituição Estadual, quando houver previsão, na respectiva carta estadual, dos mesmos parâmetros apontados pelo arguente como violados na Carta Magna federal.

Isto porque, conforme previsto no §2º do art. 125 da Constituição Federal, “cabe aos Estados a instituição de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição da legitimação para agir a um único órgão”. Sendo assim, caso haja, na Constituição estadual respectiva, a previsão de preceitos fundamentais idênticos aos contidos na Constituição Federal (ainda que em caráter remissivo), cuja lesão se busca ver sanada através da arguição de descumprimento de preceito fundamental, é de se reconhecer uma causa obstativa do conhecimento da arguição, qual seja o não preenchimento do requisito da subsidiariedade em face da possibilidade de controle abstrato de constitucionalidade da lei ou ato normativo municipal perante o respectivo Tribunal de Justiça estadual.

De fato, restaria esculpida a admissibilidade de outra variedade de processo de índole objetiva para contestar a lesão supostamente causada pelo ato questionado, já que, estando os preceitos fundamentais assinalados como parâmetros de controle também previstos na Constituição estadual, a lei ou ato normativo municipal poderá ser objeto de controle abstrato de constitucionalidade diante do Tribunal de Justiça do estado respectivo.

Quanto a essa matéria, em singular, o Supremo Tribunal Federal tem debatido no caminho de que, sendo praticável o controle abstrato de normas locais, assente-se ao Tribunal de Justiça estadual a outorga de provimento cautelar neutralizador da suposta lesividade do diploma legislativo impugnado, a demonstrar a existência, no plano do Estado-membro, de mecanismo processual de caráter objetivo apto a remediar, de modo pronto e eficaz, a situação de lesividade alegadamente provocada por leis ou atos normativos municipais.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

As linhas deste trabalho foram produzidas com a intenção de apontar possíveis desencontros entre normas municipais e nossa Constituição Federal. Não entrando no mérito da questão, procurou-se demonstrar a necessidade de se manter coeso e coerente o ordenamento jurídico.

O que se percebe, é que a promulgação da lei ordinária municipal n.º4.601/95, trouxe para o ordenamento jurídico um vício formal, quando legislou além de sua competência. Não obstante, feriu conjuntamente o plano material, quando privou a liberdade de locomoção dos indivíduos e contradisse lei federal, ao delimitar e reservar terrenos de praia para o uso exclusivo de determinado grupo.

No que tange os direitos fundamentais em choque, diga-se aqui, direito a liberdade de locomoção x direito ao trabalho e subsistência dos pescadores; é oportuno colocar que as decisões dos órgãos públicos locais em tentar intermediar e limitar áreas destinadas a cada grupo, tais quais: limites físicos onde se pode pescar no período de 15 de maio a 15 de julho e consequente destinação de áreas exclusivas aos praticantes de esportes aquáticos, dentro dos limites de proporcionalidade e razoabilidade, parece ser uma escolha equilibrada.

Em que pese, a decisão ser acertada, não se escusa do dever legal de respeitar a coerência do sistema jurídico pátrio. Com todos mecanismos de frenagens e coibições à criação de leis inconstitucionais, percebeu-se que no controle concentrado de constitucionalidade de leis municipais encontram-se lacunas. A ADPF e ADIn pelos Tribunais de Justiça foram os remédios constitucionais encontrados para brecarem a produção desenfreada de normas municipais inconstitucionais, contudo na prática ainda se torna um pouco distante dos entes municipais. Permitindo que leis como a n.º4.601/95 continuem válidas.

Dentro do proposto, o referido trabalho percorreu caminhos pelos controles de constitucionalidade difuso e concentrado. Elencou seus procedimentos e suas formas. A respeito das leis que tratam do uso das praias na costa brasileira, perquiriu-se pelas leis federais e planos de gerenciamento costeiros estaduais e municipais, inclusive abarcando o estudo da lei n.º4.601/95, constatando-se que o ordenamento jurídico somente sofre lesão, na referida lei. Demonstrando, dessa forma, a maior vulnerabilidade que se encontram as leis municipais no campo do controle de constitucionalidade.

O entendimento é que se deve preservar a integridade do sistema jurídico nacional. As leis inconstitucionais devem ser extirpadas. E como é o caso da Lei n. º4.601/95, diante da constatação de vícios tanto materiais, quanto formais, faz-se necessária sua invalidação.

Repete-se mais uma vez, o objetivo presente não é deliberar sobre o mérito da questão. A colisão de direitos fundamentais está constatada e foi decidida dentro dos limites da necessidade, adequação e razoabilidade. Portanto, o que se necessita é a escolha, pelo poder publico local de uma solução alternativa, diferente da legislativa, ora adotada até o presente momento.

## REFERÊNCIAS

ARGÜELLES, Juan Ramón de Páramo e ROIG, Francisco Javier Ansuátegui. Los derechos en la Revolución inglesa, in *Historia de los derechos fundamentales, Tomo I: Transito a la modernidade, Siglos XVI y XVII*, cit., p. 787.

ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. *Ações Constitucionais*. 1ª. Ed. São Paulo: Método, 2011.

ARGÜELLES, Juan Ramón de Páramo e ROIG, Francisco Javier Ansuátegui. Los derechos en la Revolución inglesa, in *Historia de los derechos fundamentales, Tomo I: Transito a la modernidade, Siglos XVI y XVII*, cit., p. 787.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26ª . ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2. Ed., p 29

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. Ed. Saraiva: São Paulo, 1996 , pg. 204.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. Ed. Saraiva: São Paulo, 2009, pg. 241.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 1ª. Ed. São Paulo: Edipro, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2ª edição. Almeida, Coimbra, 1998.

CORRÊA, Plínio de Oliveira. *Liberdade individual nos países do Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.



CLÈVE MERLIN, Clèmerson. *Fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*, 2 ed. São Paulo. 2000, p 41.

CHEVALIER, Jean Jacques. As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias. Trad. Lydia Cristina. 8.ed. Rio de Janeiro: Agir, 1998.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4ª ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2ª edição. Almeida, Coimbra, 1998.

CARRAZA, Roque A. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. Ed. Malheiros: São Paulo, 2003, pg. 314.

DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32ª. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

DOS SANTOS,. *Controle de Constitucionalidade de Emendas Constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal*. Rev. Fund. Esc. Super. Minist. Público Dist. Fed. Territ., Brasília, Ano 19, Edição Especial, pp. 132-186, Nov. 2011. Disponível em < [http://www.fesmpdft.org.br/arquivos/a3\\_flavia\\_rosa.pdf](http://www.fesmpdft.org.br/arquivos/a3_flavia_rosa.pdf) > acesso em 13 de maio. 2016.

DELLA GIUSTINA, Vasco. *Controle de Constitucionalidade das Leis*, 2ª. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

DELLA GIUSTINA, Vasco. *Leis Municipais e seu controle constitucional pelo Tribunal de Justiça*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaio de Teoria Constitucional*. Fortaleza, 1989.

\_\_\_\_\_. “Da interpretação especificamente constitucional”, Revista de informação Legislativa 128. Brasília, 1995.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Enciclopedia de las Ciencias Filosóficas*. Tradução Maury, E. Ovejero Y. Buenos Aires: Ediciones Lebret, 1944.

HELAL, João Paulo Castiglioni. *Controle da constitucionalidade: teoria e evolução*. Curitiba: Juruá, 2006.

JÚNIOR, José Cretella. *Direito administrativo brasileiro*. 2ª. Ed. Rio de Janeiro:

Forense, 2000.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

POUND, Roscoe, *Desenvolvimento das garantias constitucionais da liberdade*. Ibrasa ed. São Paulo, 1965.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 19<sup>a</sup>. Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais*, São Paulo: Livraria do Advogado, 2009, p.91 e ss.

MENDES, Gilmar Ferreira. Controle de constitucionalidade. In: BRANCO, P. G. G.; COELHO, I. M.; MENDES, G. M. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 10 ed. São Paulo: Atlas. 2007, p. 734.

MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 2293.

MOTTA, Silvio e DOUGLAS, William. *Controle Constitucionalidade*. Rio de Janeiro. Impetus 2002. p.83/85.

MORAES apud TAVARES, André Ramos. *Tratado da Arguição de Preceito Fundamental: Lei n. 9.868/99 e Lei 9.882/99*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 17.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Descumprimento de Preceito Fundamental: Eficácia das Decisões. In: TAVARES, André Ramos, ROTHEMBURG, Walter Claudius. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei no 9.882/99*. São Paulo: Atlas. 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*, 32<sup>a</sup>. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MACHADO, Costa. *Constituição Federal Interpretada*. 4<sup>a</sup> . ed. Barueri: Manole, 2013.

MATTOS, Mauro Roberto G., *O Abuso de Poder do Estado*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO Cláudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. São Paulo: Saraiva, 2003.

MENEZES, Roberto Santana de. Regime patrimonial dos terrenos de marinha. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 486, 5 nov. 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5855>>. Acesso em: 13 maio 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (I) (§ 1º do Art. 102 da Constituição Federal)*. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, vol. 1, n. 7, dezembro 1999. Disponível em <[revistajuridica.presidencia.gov.br](http://revistajuridica.presidencia.gov.br)> acesso em 13 de maio. 2016.

MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 559.

MARMITT, Arnaldo. *Prisão civil por alimentos e depositário infiel*. Rio de Janeiro: Aide, 1989.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. *Do Espírito das Leis*, tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 2ª edição. São Paulo: Método, 2008.

RABELLO, José Geraldo de Jacobina. *Alienação fiduciária em garantia e prisão civil do devedor*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

Thiago Ruiz: O direito à liberdade: uma visão sobre a perspectiva dos direitos fundamentais, *REVISTA DE DIREITO PÚBLICO*, LONDRINA, V. 1, N. 2, P. 137-150, MAIO/AGO. 2006, p. 145.

SANTOS, Rosita de Sousa. *Terrenos de Marinha*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, Fabiana Maria Lobo da. As medidas restritivas da liberdade de locomoção das crianças e dos adolescentes. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1708, 5 mar. 2008. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/11020>>. Acesso em: 23 nov. 2015.

STF, Ação Direta de Constitucionalidade 2231, disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=401058&tipo=TP&descricao=ADI%2F2231>>, acesso em 17 de fev. 2016.

STF - ADPF: 4 DF, Relator: Min. ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 02/08/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 22-09-2006<span id="jusCitacao"> PP-00028 </span>EMENT VOL-02248-01<span id="jusCitacao"> PP-00001 </span>LEXSTF v. 28, n. 335, 2006, p. 157-180), disponível em <www.stf.jus.br>, acesso em 13 de maio. 2016.

STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição Constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

TAVARES, André Ramos, ROTHEMBURG, Walter Claudius. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei no 9.882/99. São Paulo: Atlas. 2001.

**ANEXO 1**

Lei Ordinária 4601/1995

BEGIN ANCORA END ANCORA Consolida Modal Window

**LEI N° 4601/95**

**REGULAMENTA A ATIVIDADE NÁUTICA DE LAZER NOS BALNEÁRIOS DE FLORIANÓPOLIS E ESTABELECE OUTRAS PROVIDÊNCIAS.**

Faço saber a todos os habitantes do Município de Florianópolis, que a Câmara de Vereadores aprovou e eu sanciono a seguinte Lei:

**Art. 1º** São considerados embarcações miúdas, para efeito desta Lei: as pranchas de "surf" e "windsurf", o caíque, o caiaque, a canoa, o pedalinho, a moto aquática (Jet Sky), os meios flutuantes, rígidos ou infláveis, com comprimento menor ou igual a (cinco) metros.

**Art. 2º** São considerados equipamentos e atividades que interferem na navegação; o esqui-áquatico, os ultraleves motorizados por ocasião de pouso e decolagem em áreas de navegação, os pára-quedas rebocados, a operação de mergulho amador, as regatas e competições ou exibições públicas aquáticas, e equipamentos de lazer rebocados.

**Art. 3º** As pranchas de "surf" e "windsurf", o caíque, o caiaque, a canoa sem propulsão a motor e o pedalinho estão dispensados da Inscrição Simplificada na Capitania dos Portos de Florianópolis.

**Art. 4º** A moto-aquática, a canoa com propulsão a motor e os demais meios flutuantes, rígidos ou infláveis, com comprimento menor ou igual a 05 (cinco) metros, são considerados embarcações nos termos do artigo 10 do RTM., e deverão ser inscritos na Capitania dos Portos.

~~**Art. 5º** São estabelecidos os seguintes limites de navegação para embarcações~~

~~miúdas, equipamentos e atividades que interfiram na navegação, nas proximidades das praias ou litoral deste Município de modo a proteger os banhistas, considerando-se como linha de base a linha de arrebetamento das ondas, ou quando houver, do início do espelho d'água:~~

~~I — para propulsão a remo ou vela, a partir de 100 (cem) metros de linha base;~~

~~II — para propulsão a motor, ultra-leves motorizados, reboque de esqui-aquático, pára-quedas e painéis de publicidade, a partir de 200 (duzentos) metros além da linha base;~~

~~§ 1º — Fica permitido a prática de "surf" em todos os balneários da Ilha de Santa Catarina; exceto nas praias do Campeche, Barra da Lagoa e Santinho, no período de 1º (primeiro) de maio a 15 de julho, período da pesca da tainha;~~

**~~§ 1º — Fica proibido a prática de "surf" em todos os balneários da Ilha de Santa Catarina, exceto na praia da Joaquina e praia Mole, no período de 1º de maio à 15 de julho, período da pesca da tainha. (Redação dada pela Lei nº 4613/1995)~~**

~~§ 2º — A utilização de pedalinhos ficará restrita à área sem banhistas e com limite máximo de até 200 (duzentos) metros de distância do ponto de apoio ou locação perfeitamente delimitado por equipamentos de balizamento.~~

Os pontos de localização são:

~~I — Na Lagoa da Conceição ao final da Av. das Rendeiras, próximo à saída para a praia da Joaquina;~~

~~II — No parque da Lagoa do Peri;~~

~~III — E, nos balneários cuja as condições permitam a prática do pedalinho.~~

**~~Art. 5º São estabelecidos os seguintes limites de navegação para embarcações miúdas, equipamentos e atividades que interfiram na navegação nas proximidades das praias ou litoral deste Município de modo a proteger os~~**

~~banhistas, considerando-se como linha de base, a linha de arrebentação das ondas, ou quando houver, do início do espelho d'água:~~

**Art. 5º** É permitida a prática de surf em todos os balneários da Ilha de Santa Catarina, exceto no período de quinze de maio a quinze de julho, período da pesca da tainha, quando a prática do surf poderá ser realizada na Praia da Joaquina, Praia Mole, até quinhentos metros do canto esquerdo da praia da Lagoinha do Leste, até quinhentos metros do canto esquerdo da Praia do Matadeiro, até quinhentos metros do canto esquerdo da Praia da Armação, até quinhentos metros do canto direito da Praia do Morro das Pedras, até quinhentos metros para a direita da entrada da Praia do Moçambique e no canto esquerdo da Praia Brava, até a rua Sinésio Duarte. (Redação dada pela Lei nº 9907/2015)

**I - Para propulsão a remo ou vela, a partir de 100 (cem) metros da linha de base;**

**II - Para propulsão a motor, ultra-leves motorizados, reboque de esqui-aquático, para-quedas e painéis de publicidade, a partir de 200 (duzentos) metros além da linha de base.**

~~§ 1º Fica proibido a prática de "surf" em todos os balneários da Ilha de Santa Catarina, exceto na Praia Mole e Joaquina, no período de 1º de maio a 15 de Julho, período de pesca da Tainha.~~

§ 1º As praias Mole e Joaquina ficam abertas em toda a sua extensão, durante todos os meses do ano, para a prática do surf, sem prejuízo da pesca. (Redação dada pela Lei nº 9907/2015)

**§ 2º Ficarão sujeitos a apreensão do equipamento aquele que praticar o "surf" durante o período e nos locais descritos no parágrafo anterior como proibidos.**

**§ 3º A devolução do equipamento somente ocorrerá após 15 de julho, no fim do período da pesca da Tainha, quando será liberado mediante pagamento de multa no valor de 46,4 Unidades Fiscais de Referência - UFIR.**

**§ 4º A utilização de pedalinhos ficará restrita a área sem banhista e com limites máximo de até 200 (duzentos) metros de distância do ponto de apoio ou locação perfeitamente delimitado por equipamento de balizamento. Os pontos de localização são:**

**I - Na Lagoa da Conceição ao final da Av. das Rendeiras, próximo à saída para a praia;**

**II - No parque da Lagoa do Peri;**

**III - Nos balneários cuja condições permitam a prática do pedalinho. (Redação dada pela Lei nº 4923/1996)**

§ 5º - Caberá ao Instituto de Planejamento Urbano de Florianópolis a instalação de placas indicativas referente a proibição da prática do "Surf" nas localidades definidas no Parágrafo 1º do Artigo 5º da Lei 4.923/96. (Acrescido pela Lei nº 5467/1999)

§ 6º Os atos de violência ou proibição da prática do surf praticados por pescadores acarretarão a apreensão dos instrumentos de pesca, os quais só serão restituídos após quinze de julho. (Redação acrescida pela Lei nº 9907/2015)

§ 7º As disposições desta Lei não impedem a realização de acordos entre associações de surf e associações de pescadores nas demais praias da cidade de Florianópolis. (Redação acrescida pela Lei nº 9907/2015)

**Art. 6º VETADO.**

**Art. 7º** Todas as embarcações miúdas devem possuir identificação visual, exceto as pranchas de "surf" e "windsurf", caiques, caiaques, canoa sem propulsão a motor e pedalinhos.

§ 1º - Quando as embarcações pertencerem a empresas de turismo e diversões, receberão identificação visual de controle do proprietário e registradas no Município.



§ 2º - A inobservância desse procedimento sujeita o proprietário, além da autuação, à apreensão da embarcação.

**Art. 8º** É vedada aos menores de 16 dezesesseis anos a condução de Jet Sky.

Parágrafo Único. Será considerado infrator o proprietário ou qualquer pessoa que autorize, controle ou incite menores com idade inferior a 16 anos a conduzir embarcações a motor. O infrator será conduzido perante uma autoridade policial para o devido enquadramento legal sobre responsabilidade com menores de idade.

**Art. 9º** é vedada a todas as embarcações capazes de desenvolver velocidade superior a 5 (cinco) nós quando navegando no canal de acesso, canais de navegação e nas proximidades das pontes e 10 (dez) nós nas demais áreas da Lagoa da Conceição.

Parágrafo Único. A inobservância dessa regra sujeitará o infrator ao pagamento de multa prevista no parágrafo 4º do art. 19, sem prejuízo da apreensão da embarcação a que se refere o inciso I do referido artigo 19.

**Art. 10** - É obrigatório o uso de colete salva-vidas II (mar aberto) e classe III (águas interiores), exceto para prancha de "surf" e "windsurf", sob pena de serem cassadas e não renovadas as licenças.

Parágrafo Único. A inobservância dessa regra sujeitará o infrator ao pagamento da multa prevista no § 4º do artigo 19, sem prejuízo da apreensão da embarcação a que se refere o inciso I do referido artigo 19.

**Art. 11** - As embarcações sofrerão vistoria anual efetuada pelo Corpo de Bombeiros ou em qualquer época quando se fizer necessário.

**Art. 12** - As embarcações miúdas serão fiscalizadas pela Agência da Capitania dos Portos, com auxílio do Corpo de Bombeiros, quanto a:

- a) identificação e estado de conservação da embarcação;
- b) situação de inscrição da embarcação;

- c) habilitação do condutor;
- d) existência do seguro obrigatório de danos pessoais causados por embarcação;
- e) cumprimento dos requisitos de segurança;
- f) cumprimento do horário permitido;
- h) tráfego em áreas de segurança;
- i) cumprimento do Regulamento Internacional para evitar abalroamento no mar (RIPEAM);
- j) uso de equipamentos de segurança obrigatória;
- l) observância dos requisitos de segurança estabelecidos a entidades, associações, clubes e empresas;
- m) observância dos requisitos de segurança estabelecidos para regatas, competições, exhibições e comemorações públicas;
- n) observância dos requisitos de segurança no uso de equipamentos que interfiram na navegação, e,
- o) poluição.

**Art. 13** - São áreas permitidas ao tráfego de embarcações para lançamento n'água, ou recolhimento:

I - as extremidades navegáveis das praias deste Município;

II - nos trapiches públicos ou privados.

Parágrafo Único. Os veículos e reboques de transporte das embarcações, somente poderão permanecer, no local de lançamento, o tempo estritamente necessário à operação das embarcações.

**Art. 14** - As entidades, associações, clubes, empresas ou pessoas físicas que alugam embarcações miúdas deverão observar rigorosamente, os seguintes requisitos:

I - manter o registro das embarcações sob sua guarda e responsabilidade, e disponível dos órgãos fiscalizadores;

II - impedir o acesso às embarcações de pessoas sem condições físicas ou psíquicas;

III - manter o registro de saída e retorno das embarcações, no qual conste o nome das pessoas que estão à bordo;

IV - elaborar um impresso contendo instruções e procedimentos de segurança, fornecê-lo ao usuário da embarcação e ao seu responsável, em se tratando de menor idade e fiscalizar o seu cumprimento. As instruções básicas deverão conter as seguintes obrigações, além de outras que forem julgadas necessárias:

- a) área que o usuário poderá navegar;
- b) cuidados na navegação;
- c) cuidados com os banhistas;
- d) uso obrigatório de colete salva-vidas apropriado (classe II ou III);
- e) delimitar toda a extensão da área que o usuário poderá navegar, através de balizamento náutico;
- f) instalar, nos pontos de locação, balizamentos de entrada e saída para as embarcações, com cabos de nylon ou similares e bóias. A fixação dos cabos na praia, não deverá impedir o trânsito nem causar transtornos aos banhistas;
- g) tanto a embarcação locada quanto as de apoio deverão estar inscritas na Capitania, Delegacia ou Agência da Capitania dos Portos;
- h) todas as embarcações de aluguel deverão possuir parecer da Agência da Capitania dos Portos em Florianópolis.

**Art. 15** - Toda e qualquer empresa que pretender operar nas águas da Jurisdição do Município deverá requerer alvará de licença para funcionamento à Secretaria de Finanças deste Município.

**Art. 16** - Quando praticado o esqui-aquático nas águas territoriais do Município, além de permanecerem a mais de 200 (duzentos) metros da linha base, deverão manter distância de outras embarcações paradas ou em movimento de, no mínimo, uma vez do cabo de reboque,

**Art. 17** - O abastecimento das embarcações deverá ser feito fora da praia.

**Art. 18** - Fica proibida a estocagem de combustível nas praias.

**Art. 19** - A desobediência ao disposto nesta Lei. acarretará a apreensão dos equipamentos utilizados pelos infratores sendo cientificada a agência da Capitania dos Portos.

§ 1º - A lavratura do auto de apreensão será feita pela autoridade municipal.

§ 2º - Do auto de apreensão deverá constar:

I - identificação do infrator: dados pessoais, endereço e demais dados que o qualificarem;

II - descrição dos motivos da apreensão;

III - identificação dos equipamentos e embarcações;

IV - local e hora de apreensão;

V - qualificação da autoridade que fez a apreensão.

§ 3º - Os equipamentos e objetos apreendidos ficarão sob a guarda da Prefeitura Municipal, que será sua fiel depositária, ficando à disposição dos interessados pelo prazo de 60 (sessenta) dias, contados da apreensão, findos os quais, serão vendidos em hasta pública.

§ 4º - A liberação dos equipamentos apreendidos estará sujeita ao pagamento das despesas da remoção, estadia e multa, sem prejuízo das demais penalidades de ordem legal.

I - As infrações, as determinações desta Lei e as outras regulamentações legais para os quais não haja multa prevista, ficam sujeitas à multa de 05 (cinco) à 120 (cento e vinte) UFM - Unidade Fiscal do Município

**Art. 20** - Faz parte da Lei, no que convier, o anexo 01 (formulário padrão da Capitania dos Portos do Estado), da Portaria nº 0008/93.

**Art. 21** - O Município de Florianópolis através do setor de fiscalização, atuará com a colaboração do Corpo de Bombeiros, da Polícia Militar e da Capitania dos Portos.

**Art. 22** - Nos pontos de apoio de locação deverão ser instalados cordões de isolamento mar adentro, utilizando-se bóias presas à cordas de nylon ou similar, para entrada e saída dos equipamentos, criando em cada ponto, área de segurança sinalizada e exclusiva para o tráfego dos mesmos, devendo essa faixa ultrapassar a região de quebra-mar, e ostentando uma largura de até 15 (quinze) metros.

**Art. 23** - Fazem parte integrantes desta Lei, a portaria do Capitão dos Portos do Estado de Santa Catarina, que regulam a matéria em âmbito estadual.

**Art. 24** - A presente Lei tem por objetivo resguardar a integridade física dos banhistas.

**Art. 25** - Fica expressamente proibido o uso de lanchas de competição na Lagoa da Conceição e demais lagoas do Município.

§ 1º - Para os eventos esportivos envolvendo as embarcações e áreas citadas no artigo e demais áreas litorâneas do Município, os organizadores deverão solicitar com antecedência de 10 (dez) dias, autorização Estadual (GBS) e Municipal (SUSP) e comunicação à Agência da Capitania dos Portos.

§ 2º - Na programação dos eventos, deverá ser perfeitamente identificado o responsável pela segurança de todo o dispositivo.

**Art. 26** - É obrigatório a habilitação de pessoas que conduzam embarcações de competição, emitida pela Capitania, Delegacia ou Agência da Capitania dos Portos, inclusive para os eventos promovidos pelas Confederações e Federação de vela e motor.

**Art. 27** - É vedada a instalação de oficinas de consertos, reparos e manutenção de motos aquáticos (Jet-Ski) nos rios e lagoas do Município.

**Art. 28** - Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogando-se as demais disposições em contrário.

Paço Municipal, em Florianópolis, aos 05 de janeiro de 1995.

SÉRGIO JOSÉ GRANDO

Prefeito Municipal

Footer Lei

*Data de Publicação no Sistema LeisMunicipais: 20/11/2015*

## ANEXO 2

L7661

**O PRESIDENTE DA REPÚBLICA**, faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

Art. 1º. Como parte integrante da Política Nacional para os Recursos do Mar - PNRM e Política Nacional do Meio Ambiente - PNMA, fica instituído o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro - PNGC.

Art. 2º. Subordinando-se aos princípios e tendo em vista os objetivos genéricos da PNMA, fixados respectivamente nos arts. 2º e 4º da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, o PNGC visará especificamente a orientar a utilização nacional dos recursos na Zona Costeira, de forma a contribuir para elevar a qualidade da vida de sua população, e a proteção do seu patrimônio natural, histórico, étnico e cultural.

Parágrafo único. Para os efeitos desta lei, considera-se Zona Costeira o espaço geográfico de interação do ar, do mar e da terra, incluindo seus recursos renováveis ou não, abrangendo uma faixa marítima e outra terrestre, que serão definidas pelo Plano.

Art. 3º. O PNGC deverá prever o zoneamento de usos e atividades na Zona Costeira e dar prioridade à conservação e proteção, entre outros, dos seguintes bens:

I - recursos naturais, renováveis e não renováveis; recifes, parcéis e bancos de algas; ilhas costeiras e oceânicas; sistemas fluviais, estuarinos e lagunares, baías e enseadas; praias; promontórios, costões e grutas marinhas; restingas e dunas; florestas litorâneas, manguezais e pradarias submersas;

II - sítios ecológicos de relevância cultural e demais unidades naturais de preservação permanente;

III - monumentos que integrem o patrimônio natural, histórico, paleontológico, espeleológico, arqueológico, étnico, cultural e paisagístico.

Art. 4º. O PNGC será elaborado e, quando necessário, atualizado por um Grupo de Coordenação, dirigido pela Secretaria da Comissão Interministerial para os Recursos do Mar - SECIRM, cuja composição e forma de atuação serão definidas em decreto do Poder Executivo.

§ 1º O Plano será submetido pelo Grupo de Coordenação à Comissão Interministerial

para os Recursos do Mar - CIRM, à qual caberá aprová-lo, com audiência do Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA.

§ 2º O Plano será aplicado com a participação da União, dos Estados, dos Territórios e dos Municípios, através de órgãos e entidades integradas ao Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA.

Art. 5º. O PNGC será elaborado e executado observando normas, critérios e padrões relativos ao controle e à manutenção da qualidade do meio ambiente, estabelecidos pelo CONAMA, que contemplem, entre outros, os seguintes aspectos: urbanização; ocupação e uso do solo, do subsolo e das águas; parcelamento e remembramento do solo; sistema viário e de transporte; sistema de produção, transmissão e distribuição de energia; habitação e saneamento básico; turismo, recreação e lazer; patrimônio natural, histórico, étnico, cultural e paisagístico.

§ 1º Os Estados e Municípios poderão instituir, através de lei, os respectivos Planos Estaduais ou Municipais de Gerenciamento Costeiro, observadas as normas e diretrizes do Plano Nacional e o disposto nesta lei, e designar os órgãos competentes para a execução desses Planos.

§ 2º Normas e diretrizes sobre o uso do solo, do subsolo e das águas, bem como limitações à utilização de imóveis, poderão ser estabelecidas nos Planos de Gerenciamento Costeiro, Nacional, Estadual e Municipal, prevalecendo sempre as disposições de natureza mais restritiva.

Art. 6º. O licenciamento para parcelamento e remembramento do solo, construção, instalação, funcionamento e ampliação de atividades, com alterações das características naturais da Zona Costeira, deverá observar, além do disposto nesta Lei, as demais normas específicas federais, estaduais e municipais, respeitando as diretrizes dos Planos de Gerenciamento Costeiro.

§ 1º. A falta ou o descumprimento, mesmo parcial, das condições do licenciamento previsto neste artigo serão sancionados com interdição, embargo ou demolição, sem prejuízo da cominação de outras penalidades previstas em lei.

§ 2º Para o licenciamento, o órgão competente solicitará ao responsável pela atividade a elaboração do estudo de impacto ambiental e a apresentação do respectivo Relatório de Impacto Ambiental - RIMA, devidamente aprovado, na forma da lei.

Art. 7º. A degradação dos ecossistemas, do patrimônio e dos recursos naturais da Zona Costeira implicará ao agente a obrigação de reparar o dano causado e a sujeição às penalidades previstas no art. 14 da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, elevado o



limite máximo da multa ao valor correspondente a 100.000(cem mil) Obrigações do Tesouro Nacional - OTN, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. As sentenças condenatórias e os acordos judiciais (vetado), que dispuserem sobre a reparação dos danos ao meio ambiente pertinentes a esta lei, deverão ser comunicados pelo órgão do Ministério Público ao CONAMA.

Art. 8º. Os dados e as informações resultantes do monitoramento exercido sob responsabilidade municipal, estadual ou federal na Zona Costeira comporão o Subsistema "Gerenciamento Costeiro", integrante do Sistema Nacional de Informações sobre o Meio Ambiente - SINIMA.

Parágrafo único. Os órgãos setoriais e locais do SISNAMA, bem como universidades e demais instituições culturais, científicas e tecnológicas encaminharão ao Subsistema os dados relativos ao patrimônio natural, histórico, étnico e cultural, à qualidade do meio ambiente e a estudos de impacto ambiente, da Zona Costeira.

Art. 9º. Para evitar a degradação ou o uso indevido dos ecossistemas, do patrimônio e dos recursos naturais da Zona Costeira, o PNGC poderá prever a criação de unidades de conservação permanente, na forma da legislação em vigor.

Art. 10. As praias são bens públicos de uso comum do povo, sendo assegurado, sempre, livre e franco acesso a elas e ao mar, em qualquer direção e sentido, ressalvados os trechos considerados de interesse de segurança nacional ou incluídos em áreas protegidas por legislação específica.

§ 1º. Não será permitida a urbanização ou qualquer forma de utilização do solo na Zona Costeira que impeça ou dificulte o acesso assegurado no caput deste artigo.

§ 2º. A regulamentação desta lei determinará as características e as modalidades de acesso que garantam o uso público das praias e do mar.

§ 3º. Entende-se por praia a área coberta e descoberta periodicamente pelas águas, acrescida da faixa subsequente de material detrítico, tal como areias, cascalhos, seixos e pedregulhos, até o limite onde se inicie a vegetação natural, ou, em sua ausência, onde comece um outro ecossistema.

Art. 11. O Poder Executivo regulamentará esta lei, no que couber, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias.

Art. 12. Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 13. Revogam-se as disposições em contrário.

**ANEXO 3**

LEI PROMULGADA Nº 13.553, de 16 de novembro de 2005

Procedência: Dep. Joares

Ponticelli

Natureza: PL. 150/03

DO. 17.762 de 17/11/05

Promulgada por sanção  
tácita

DA. 5.509 de 17/11/05

\* Alterada pelas Leis:

[14.465/08](#); [14.736/09](#)

\* Regulamentação Decreto

5010-(22/12/06)

Fonte: ALESC/Div.

Documentação (tr.)

Institui o Plano Estadual de Gerenciamento Costeiro.

Eu, Deputado Herneus de Nadal, Presidente em  
exercício da Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina, de  
acordo com o disposto no art. 54, § 7º da Constituição do Estado,  
promulgo a presente Lei:

Art. 1º Observado o disposto no art. 25 do Ato das  
Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT, da Constituição do Estado

e no *caput* do art. 4º, combinado com o § 1º, do art. 5º, da Lei federal n. 7.661, de 16 de maio de 1988, que instituiu o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro - PNGC, regulamentado pelo Decreto federal n. 5.300, de 7 de dezembro de 2004, esta Lei institui o Plano Estadual de Gerenciamento Costeiro – PEGC, e designa o Poder e respectivos órgãos competentes para a sua elaboração e execução.

Art. 2º Subordinando-se aos princípios normativos gerais, às diretrizes e aos objetivos específicos do PNGC, o PEGC visa a orientar a utilização racional dos recursos naturais da Zona Costeira Estadual, considerada patrimônio nacional na forma do § 4º, do art. 225, da Constituição Federal, intentando propiciar a elevação da qualidade de vida de sua população e a proteção de seus patrimônios natural, histórico, étnico, cultural e paisagístico.

Parágrafo único. Os municípios poderão instituir, por lei, os respectivos Planos Municipais de Gerenciamento Costeiro – PMGC, e designar os órgãos competentes para a sua elaboração e execução, observadas as normas gerais, definições, diretrizes e objetivos específicos do PNGC e do PEGC, este instituído por esta Lei e regulamentado na forma do art. 10.

Art. 3º O PEGC, em consonância com o disposto no PNGC, deverá prever o zoneamento de usos e atividades na Zona Costeira Estadual e priorizar a conservação e incolumidade, dentre outros, dos bens discriminados nos incisos I a III, do art. 3º, da Lei federal n. 7.661, de 1988.

Art. 4º O PEGC será elaborado e, quando necessário, atualizado, pelo Poder Executivo, na instância técnico-administrativa de um Grupo de Coordenação dirigido pela Secretaria de Estado do Desenvolvimento Sustentável, cuja composição e forma de atuação serão definidas no decreto regulamentar a que se refere o art. 10.

§ 1º O PEGC será submetido pelo Grupo de Coordenação à avaliação e aprovação da Secretaria de Estado referida no *caput*, ouvido o Conselho Estadual do Meio Ambiente – CONSEMA.

§ 2º O PEGC será executado com a participação dos municípios através dos órgãos executivos e consultivos municipais, integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA.

**LEI 14.465/08 (Art. 1º) – (DO. 18.408 de 23/07/08)**

“O art. 4º da Lei nº 13.553, de 16 de novembro de 2005, passa a vigorar com a seguinte redação:”

“Art. 4º O Plano Estadual de Gerenciamento Costeiro - PEGC será elaborado e, quando necessário, atualizado, pelo Poder Executivo, na instância técnico-administrativa de um Grupo de Coordenação dirigido pela Secretaria de Estado do Planejamento, cuja composição e forma de atuação serão definidas no decreto regulamentar a que se refere o art. 10 desta Lei.” (NR)

Art. 5º O PEGC e os PMGC's serão elaborados observando-se as normas, os critérios e os padrões referentes ao controle e à manutenção da qualidade do meio ambiente, estabelecidos pelas normas nacionais afins, que contemplem, na forma do disposto no *caput* do art. 5º da Lei federal n. 7.661, de 1988, dentre outros, os seguintes aspectos:

- I – a urbanização;
- II – a ocupação e o uso do solo, do subsolo e das águas;
- III – o parcelamento e o remembramento do solo;
- IV – o sistema viário e o de transporte;
- V – o sistema de produção, transmissão e distribuição de energia;
- VI – a habitação e o saneamento básico;
- VII – o turismo, a recreação e o lazer; e
- VIII – os patrimônios natural, histórico, étnico, cultural e paisagístico.

Parágrafo único. O PEGC e os PMGC's poderão estabelecer normas e diretrizes sobre o uso do solo, do subsolo e das águas,

além de limitações à utilização de bens imóveis, prevalecendo sempre os dispositivos de natureza mais restritiva.

Art. 6º O licenciamento para parcelamento e remembramento do solo, e para construções e instalações na Zona Costeira Estadual, deverá observar, além do disposto nesta Lei, o previsto nas demais normas federais, estaduais e municipais afins.

§ 1º A inobservância, mesmo que parcial, das condições de licenciamento dispostas neste artigo será penalizada com interdição, embargo e demolição, sem prejuízo da cominação de outras sanções previstas em lei.

§ 2º Para o licenciamento o órgão competente solicitará ao interessado na obra ou atividade a elaboração de Estudo de Impacto Ambiental – EIA, e a apresentação do respectivo Relatório de Impacto Ambiental – RIMA, devidamente aprovados na forma da lei.

**LEI 14.736/09 (Art. 1º) – (DO. 18.627 de 17/06/09)**

“O § 2º do art. 6º da Lei nº 13.553, de 16 de novembro de 2005, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 6º

.....  
 ..  
 .....  
 .....

§ 2º Para o licenciamento, o órgão competente solicitará ao interessado na obra ou atividade a elaboração dos estudos necessários, de acordo com suas características e seu porte, conforme a Resolução do Consema que estabelece atividades consideradas potencialmente causadoras de degradação ambiental.”

(NR)

Art. 7º A degradação dos ecossistemas, do patrimônio e

dos recursos naturais da Zona Costeira Estadual implicará ao agente a obrigação de reparar o dano causado e a sua sujeição à penalidade de multa, na forma da normatização estadual afim.

Parágrafo único. As sentenças condenatórias e os acordos judiciais pertinentes à reparação de danos ao meio ambiente, referidos nesta Lei, deverão ser comunicados ao CONSEMA pelo órgão competente do Ministério Público Estadual.

Art. 8º Em atenção ao disposto no art. 8º, da Lei federal n. 7.661, de 1988, os dados e as informações resultantes do monitoramento exercido sob responsabilidade municipal e estadual na Zona Costeira Estadual comporão o Subsistema Gerenciamento Costeiro, integrante do Sistema Nacional de Informações sobre o Meio Ambiente – SINIMA.

Parágrafo único. Os órgãos executivos e consultivos, estaduais e municipais, integrantes do SISNAMA, bem como as universidades e demais instituições culturais, científicas e tecnológicas remeterão ao Subsistema referido no *caput* os dados relativos aos patrimônios natural, histórico, étnico, cultural e paisagístico, à qualidade do meio ambiente e a estudos de impacto ambiental, da Zona Costeira Estadual.

Art. 9º Às praias marítimas, bens públicos de uso comum do povo na forma do disposto no art. 20, IV, da Constituição Federal, aplicam-se as garantias, limitações, regulamentos e definições a que se refere o art. 10 da Lei federal n. 7.661, de 1988.

Art. 10. O Poder Executivo regulamentará a presente Lei, consideradas as prescrições dos arts. 2º, parágrafo único e 4º.

Art. 11. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

PALÁCIO BARRIGA-VERDE, em Florianópolis, 16 de novembro de 2005

#### **ANEXO 4**

Lei Ordinária 7975/2009

**LEI Nº 7975/2009, de 02 de outubro de 2009.**

#### **INSTITUI O PLANO MUNICIPAL DE GERENCIAMENTO COSTEIRO.**

O Prefeito Municipal de Florianópolis, faz saber a todos os habitantes deste Município que a Câmara Municipal aprovou e ele sanciona a seguinte Lei:

**Art. 1º** Observado o disposto na Lei Federal nº 7.661, de 16 de maio de 1988, que instituiu o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro (PNGC), regulamentado pelo Decreto Federal nº 5.300, de 07 de dezembro de 2004 e Lei Estadual nº 13.553, de 16 de novembro de 2005, e sua respectiva regulamentação dada pelo Decreto Estadual nº 5.010 de 2006, com a observância da Resolução CIRM nº 05 de 1997, esta Lei Institui o Plano Municipal de Gerenciamento Costeiro (PMGC) e designa o Poder Executivo e respectivos órgãos competentes para a sua elaboração e execução, promovendo de forma participativa a elaboração e implantação do PMGC, envolvendo ações de diagnóstico, monitoramento e controle ambiental, visando integrar o Poder Público, a sociedade organizada e a iniciativa privada.

**Art. 2º** Subordinando-se aos princípios normativos gerais, às diretrizes e aos objetivos específicos do PNGC, do PEGC, o PMGC visa orientar a utilização racional dos recursos naturais da Zona Costeira Municipal na forma do art. 23 e § 4º do art. 225 da Constituição Federal de 1988, intentando propiciar a elevação da qualidade de vida de sua população e a proteção de seus patrimônios natural, histórico, étnico, cultural e paisagístico, sempre com aprovação e fiscalização de órgãos competentes das esferas federal, estadual e municipal.

**Art. 3º** O PMGC, em consonância com o disposto no PNGC e PEGC, deverá prever o

zoneamento de usos e atividades na Zona Costeira Municipal e priorizar a conservação e incolumidade, dentre outros, dos bens discriminados nos incisos I a III do art. 3º da Lei Federal nº 7.661 de 1988, elencados abaixo:

I - recursos naturais, renováveis e não renováveis; parcéis e bancos de algas; ilhas costeiras, sistemas fluviais, estuarinos e lagunares, baías e enseadas; praias; promontórios, costões e grutas marinhas; restingas e dunas; florestas litorâneas, manguezais;

II - sítios ecológicos de relevância cultural e demais unidades naturais de preservação permanente; e

III - monumentos que integrem o patrimônio natural, histórico, paleontológico, espeleológico, arqueológico, étnico, cultural e paisagístico.

**Art. 4º** O PMGC será elaborado e, quando necessário, atualizado pelo Poder Executivo na instância técnico-administrativa de um Grupo de Coordenação dirigido pela Secretaria de Meio Ambiente e Desenvolvimento Urbano, cuja composição e forma de atuação serão definidas no decreto regulamentar a que se refere o art. 11 desta Lei.

§ 1º O PMGC será submetido pelo Grupo de Coordenação à avaliação e aprovação do Conselho Municipal do Meio Ambiente (CONDEMA).

§ 2º O PMGC será executado com a participação dos órgãos executivos e consultivos municipais que se integram ao Sistema Nacional do Meio Ambiente, Lei nº 6.938 de 1981, conforme Decreto nº 620 de 2004 e Resolução Normativa nº 02 de 2006 do CONSEMA, que tratam sobre estas questões.

§ 3º O Zoneamento Ecológico Econômico Costeiro (ZEEC) a ser elaborado estabelecerá as diretrizes quanto aos usos permitidos, proibidos ou estimulados, abrangendo as interações entre as faixas terrestre e aquática da zona costeira e observado o previsto no Plano Diretor.



**Art. 5º** O PMGC será elaborado e executado observando-se as normas, os critérios e os padrões referentes ao controle e à manutenção da qualidade do meio ambiente estabelecidos pelas normas nacionais e estaduais afins, que contemplem, na forma do disposto no caput do art. 5º da Lei Federal nº 7.661 de 1988, dentre outros, os seguintes aspectos: urbanização; ocupação e uso do solo, do subsolo e das águas; parcelamento e remembramento do solo; sistema viário e de transporte, sistema de produção, transmissão e distribuição de energia, habitação e saneamento básico; turismo, recreação, lazer e esportes; patrimônio natural, histórico, étnico, cultural e paisagístico.

**Art. 6º** O licenciamento para parcelamento e remembramento do solo e para construções e instalações na Zona Costeira Municipal deverá observar, além do disposto nesta Lei, o previsto nas demais normas federal, estadual e, no município, o seu Plano Diretor.

§ 1º A inobservância, das condições de licenciamento dispostas neste artigo será penalizada com interdição, embargo e demolição, sem prejuízo da cominação de outras sanções previstas em Lei.

§ 2º A Secretaria de Meio Ambiente e Desenvolvimento Urbano, nos licenciamentos, poderá solicitar ao interessado na obra ou atividade a elaboração de Estudos de Impacto Ambiental (EIA) e a apresentação do respectivo Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), devidamente aprovados na forma da Lei.

**Art. 7º** A degradação dos ecossistemas, do patrimônio e dos recursos naturais da Zona Costeira Municipal implicará ao agente a obrigação de reparar o dano causado e recuperação ambiental no ambiente degradado, além de sujeição às penalidades previstas em Lei.

Parágrafo Único - As sentenças condenatórias e os acordos judiciais e extrajudiciais pertinentes à reparação de danos ao meio ambiente deverão ser comunicados ao Conselho Municipal do Meio Ambiente e ao Ministério Público conforme art. 128, inciso II, e art. 129, inciso III da Constituição Federal de 1988.

**Art. 8º** Em atenção ao disposto no art. 8º da Lei Federal nº 7.661 de 1988, os dados e as informações resultantes do monitoramento exercido sob responsabilidade municipal na Zona Costeira Municipal comporão o Sistema Municipal de Informações de Gerenciamento Costeiro, integrante do Sistema Nacional de Informações sobre o Meio Ambiente (SINIMA).

Parágrafo Único - Os órgãos executivos e consultivos competentes remeterão ao Sistema Municipal de Informações de Gerenciamento Costeiro os dados relativos aos patrimônios natural, histórico, étnico, cultural e paisagístico, à qualidade do meio ambiente e a estudos ambientais de forma geral da Zona Costeira Municipal.

**Art. 9º** São instrumentos de execução do Plano Municipal de Gerenciamento Costeiro (PMGC):

I - o Zoneamento Ecológico Econômico Costeiro (ZEEC);

II - o Plano de Gestão da Zona Costeira (PGZC);

III - o Plano de Ordenamento Náutico (PON);

IV - o Sistema de Informações Municipais do Gerenciamento Costeiro (SIMGERC);

V - o Sistema de Monitoramento Costeiro (SMOC); e

VI - o Projeto de Gestão Integrada da Orla Marítima (Projeto Orla).

**Art. 10** Às praias marítimas, lacustres e fluviais, bens públicos de uso comum do povo na forma do disposto no art. 20, inciso IV, com a nova redação dada pela Emenda Constitucional 46 da Constituição Federal de 1988, aplicam-se as garantias, limitações, os regulamentos e as definições a que se refere o art. 10 da Lei Federal nº 7.661 de 1988 e Lei Federal nº 8.617 de 1993.

**Art. 11** O Poder Executivo regulamentará a presente Lei no prazo de noventa dias a contar de sua publicação.

**Art. 12** Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Florianópolis, aos 02 de outubro de 2009.

DÁRIO ELIAS BERGER

Prefeito Municipal

Autoria: Poder Executivo

Natureza: Projeto de Lei nº 12424/2007

DOM - Edição nº 093 de 13/10/2009

DOM - Edição nº 103 de 27/10/2009 (Republicada por incorreção)

Footer Lei

*Data de Publicação no Sistema LeisMunicipais: 19/05/2010*